Die Rechtswirkungen des Handelns für eine nicht existierende Person.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Otto Möller,
Referendar.

1927.
Druck von Dalchau & Rasch, Schwerin i. M.

Referent: Professor Dr. Gieseke.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: Das Handeln für eine fremde Person . . . 7

I. Teil: Die Wirkungen des für eine nicht existierende Person getätigten Rechtsgeschäftes.

A. Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes.

§ 1. Die Nichtigkeit wegen mangelnder Rechtsfähigkeit des Rechtssubjektes 11

§ 2. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung 13

§ 3. Die Nichtigkeit wegen mangelnder Vertretungsmacht 17

B. Besondere Fälle des Handelns für eine nicht existierende Person.

§ 4. Das Handeln für einen Verstorbenen 21

§ 5. Das Handeln für eine künftige Person . . . 27

II. Teil: Die Wirkungen des zwischen dem Handelnden und dem Dritten entstandenen Rechtsverhältnisses.

A. Die Haftung des Handelnden im allgemeinen.

§ 6. Die in Frage kommenden Haftungstatbestände 36

§ 7. Prinzip und Voraussetzungen der Haftung aus § 179 BGB 44

§ 8. Die Anwendbarkeit des § 179 BGB 49

§ 9. Der Inhalt der Haftung 57

B. Besondere Fälle der Haftung.

§ 10. Die Haftung nach Artikel 95 WO 59

§ 11. Das Handeln für einen nicht rechtsfähigen Verein und eine in der Entstehung begriffene juristische Person 62

Literaturverzeichnis.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts Bd. I, Berlin und Leipzig 1886.

Böttcher, Zur Lehre vom Erlöschen der Vollmacht. 1908.

Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen. Rostock und Schwerin 1852.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens Bd. I. Halle 1902.

Dieckmann, Die Haftung des Vertreters ohne Vollmacht. Rostock 1904.

Enneccerus-

Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I, 1, 18. bis 21. Auflage 1922, Bd. I, 2, 15. bis 17. Auflage 1922.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fluhme, Stellvertretung ohne Vertretungsmacht. Bonn 1919.

Foller, Das Erlöschen der Vollmacht nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1903.

v. Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. I, 1895.

Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. München 1900.

Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Leipzig 1903.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB für das Deutsche Reich. Jena 1900.

v. Ihering in den Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 4.

Juristische Wochenschrift 1925.

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I, 5. Auflage 1923.

Laband in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 10.

Lehmberg, Die Erlöschungsgründe der Vollmacht nach heutigem Recht. Leipzig 1905.

Leonhard, Der allgemeine Teil des BGB. Berlin 1900.

Manigk in der Juristischen Wochenschrift 1924, I.

Meyer, Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht aus dem Vertragsschlusse. Berlin 1905.

Meyer im Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. 1910.

Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung. Wien 1885.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht. Tübingen 1919.
Panthen, Die unbegründete Stellvertretung. 1920.
Planck, Kommentar zum BGB. Bd. I, 4. Aufl.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB.
Puchta, Pandekten 9. Aufl. 1863.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. 1909.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Regelsberger, Pandekten 1893.
Rennert, Die vollmachtlose Stellvertretung in ihren Innen- und Außenverhältnissen. Leipzig 1906.
Roß, Die Haftung des vollmachtlosen Vertreters eines nicht rechtsfähigen Vereins. Marburg 1921.
v. Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. Bd. II 1853.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Spielmans im Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand 1924.
Staub, Kommentar zum Gesetz, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 3. Aufl.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 11. Aufl.
Staub, Kommentar zur Wechselordnung. 4. Aufl. u. 8. Aufl.
Staudinger, Kommentar zum BGB I. und II. Teil 7.—8. Aufl. und 9. Aufl.
Steines, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Leipzig 1908.
Strucksberg in der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. 1912.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts. 1910—1918.
Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte. Wien 1906.
Windscheid, Pandekten 8. Auflage 1900.

Einleitung.

Das Handeln für eine fremde Person, allgemein im modernen Recht als Stellvertretung zugelassen, hat sich erst im Laufe der Jahrhunderte die Anerkennung erkämpft. Das alte römische Zivilrecht, dessen feste Formen in den meisten Fällen einen persönlichen Geschäftsabschluß erforderten, ließ das Handeln für einen anderen grundsätzlich nicht zu, und auch das spätere römische Recht hat es nicht zur vollen Entwickelung gebracht. Im deutschen Rechtsleben hat sich das Institut der Stellvertretung auf Grund des Gewohnheitsrechtes seine Stellung erobert und ist dann für das heutige bürgerliche Recht vom BGB. übernommen und im ersten Buche unter einem besonderen Titel des Abschnittes über Rechtsgeschäfte behandelt worden.

Aus dieser Stellung im Gesetz geht hervor, daß die Stellvertretung nur bei rechtsgeschäftlichen Willensäußerungen, den sogenannten Willenserklärungen, zugelassen werden soll. Unter Willenserklärungen versteht man Handlungen, die auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet sind und, wenn sie gültig vorgenommen werden, den gewollten Erfolg bewirken. Die meisten Bestimmungen über Rechtsgeschäfte werden aber auch auf die sog. Rechtshandlungen analog angewandt. Dies sind Handlungen, die auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind, denen aber das Gesetz einen besonderen rechtlichen Erfolg beilegt. Ihre Rechtswirkung wird also nicht durch den Inhalt des kundgegebenen Willens, sondern durch die Rechtsordnung bestimmt. Auch bei diesen Rechtshandlungen, wie z. B. der Mahnung, muß das Handeln mit Wirkung für einen anderen zugelassen werden[1]).

Bei Tathandlungen, z. B. der Verarbeitung, gibt es keine Stellvertretung, weil bei ihnen die Rechtswirkungen nicht vom Willen des Handelnden abhängig sind, sondern auf Grund eines tatsächlichen Erfolges eintreten. Führt jemand mit

[1]) Ein gleiche Anwendung findet auf die Handlungen im formellen Recht, die sog. Prozeßhandlungen, statt.

Wirkung für einen anderen eine Tathandlung aus, so tut er es als Gehilfe, nicht als Vertreter.

Ebensowenig kann man von einer Stellvertretung bei unerlaubten Handlungen reden, da der Wille, eine unerlaubte Handlung mit der Wirkung für einen anderen zu begehen, belanglos ist. Auch wenn der Handelnde einen solchen Willen hat, treffen die Wirkungen nur ihn selbst.

Es folgt somit auch aus dem Charakter der verschiedenen juristischen Handlungen, daß es nur bei Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen eine Stellvertretung geben kann, und auf diesem Gebiete müssen wieder alle diejenigen Geschäfte ausscheiden, die nur persönlich vorgenommen werden können. Hierher gehören vor allem eine Reihe von Fällen des Familien- und Erbrechts, wie z. B. die Eheschließung, die Anfechtung der Ehe, die Testamentserrichtung usw.

Nicht unter den juristischen Begriff des Handelns für eine fremde Person fällt das Handeln zugunsten eines Dritten, das an anderer Stelle des BGB geregelt ist. Ebensowenig fällt darunter das Handeln unter falschem Namen, d. h. der Fall, wo sich jemand fälschlich für einen anderen ausgibt und für diesen gehalten wird. Hier liegt vielmehr ein Handeln für die eigene Person vor, jedoch unter einer unerlaubten Täuschung. Es würde dieser Fall — ein Verschulden des Handelnden vorausgesetzt — unter die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen zu bringen sein.

Weiter handelt nur derjenige für einen anderen, der selbständig das betreffende Geschäft besorgt. Das tut aber nicht der Gehilfe. Dieser ist lediglich Werkzeug, indem er das zu Erklärende nicht als seinen eigenen Willen, sondern als den des Auftraggebers ausspricht. Bei Abschluß eines Geschäftes unter Anwesenden kommen als Gehilfen vor allen Dingen Schreiber und Dolmetscher in Betracht, beim Abschluß unter Abwesenden die Boten[2]). Da sich auch der Unterhändler, z. B. der Vermittlungsagent und der Handelsmakler im Handels-

[2]) Ein weiterer Fall der Gehilfenschaft ist die bereits behandelte Verrichtung von Tathandlungen für einen anderen.

recht, nicht am Abschluß des Geschäftes beteiligt, sondern ihn nur vorbereitet, gehört seine Tätigkeit ebenfalls nicht hierher. Erst dann, wenn er das vermittelte Geschäft auch für den Geschäftsherrn abschließt, handelt er für diesen.

Das BGB regelt nur das Handeln für einen anderen, soweit unmittelbar aus dem Vertretungsakt die Wirkungen für den Vertretenen entspringen, also nur die direkte Stellvertretung. Diese stellt sich als ein Handeln im Namen des Vertretenen dar. Die indirekte ist ein Handeln im eigenen Namen, dessen Wirkungen durch den Geschäftsabschluß mit dem Dritten lediglich in der Person des Handelnden entstehen. Es bedarf noch eines weiteren Rechtsgeschäftes zwischen dem Handelnden und dem Geschäftsherrn, um die Wirkungen auf diesen zu übertragen. Nach außen braucht diese Uebertragung, mithin das Handeln für einen anderen überhaupt, garnicht in die Erscheinigung zu treten. Im Außenverhältnis bleibt immer der Handelnde der Kontrahent.

Man teilt die Stellvertretung, je nachdem sie auf Vollmacht oder Gesetz beruht, in eine gewillkürte (rechtsgeschäftliche) und eine gesetzliche Vertretung. Gesetzliche Vertreter sind nach dem BGB z. B. der Vater und der Vormund, nach dem HGB z. B. die Gesellschafter und Liquidatoren der OHG (§ 125, § 156 HGB). Auch die Handlungsreisenden (§ 55 HGB) und die im Laden oder offenen Warenlager Angestellten (§ 56 HGB) sind gesetzliche und nicht gewillkürte Stellvertreter[3]), weil ihnen für gewisse Gebiete durch Gesetz Vertretungsmacht beigelegt ist. Willkürlich mit einer zwar gesetzlich geregelten Vertretungsmacht ausgestattet und daher gewillkürte Stellvertreter sind jedoch der Prokurist und Handlungsbevollmächtigte. Den gesetzlichen Vertretern sind die Organe der juristischen Personen durch Gesetz gleichgestellt (§ 26 BGB).

Weiter unterscheidet man, je nachdem der Handelnde zur Vertretung berechtigt war oder nicht, Stellvertretung mit und ohne Vertretungsmacht. Erstere ist vom BGB in den

---

[3]) Vgl. Müller-Erzbach a. a. O. S. 141; auch Staub, Einleitung zu § 56 HGB.

§§ 164—176, letztere in den §§ 177—180 behandelt. Auch die Stellvertretung ohne Vertretungsmacht ist damit vom Gesetz grundsätzlich zugelassen, nur bei einseitigen Rechtsgeschäften ist sie nach § 180 Satz 1 in der Regel unzulässig.

Bei Behandlung der ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Verträge muß man 2 Fragen unterscheiden, nämlich

1. Welche Wirkungen hat der Vertrag?
2. Welche Wirkungen hat das durch den Vertrag zwischen dem Vertreter und dem Dritten geschaffene Rechtsverhältnis?

Die Wirkungen des ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrages sind in den §§ 177, 178 geregelt. Die Wirksamkeit ist von der Genehmigung des Vertretenen abhängig gemacht. Je nachdem sie erteilt oder verweigert wird, ist der Vertrag von Anfang an wirksam oder nichtig.

Inbezug auf das zwischen dem Vertreter und dem Dritten geschaffene Rechtsverhältnis bestimmt § 179, daß für den Fall der Nichtgenehmigung eine Haftung des Vertreters dem Dritten gegenüber eintritt, die in erster Linie auf Erfüllung des Vertrages gerichtet ist.

Keine Erwähnung gefunden hat im Gesetz der Fall, daß jemand für eine Person handelt, die überhaupt nicht existiert. Es soll Aufgabe dieser Arbeit sein, die Rechtswirkungen eines solchen Handels zu untersuchen. Diese Untersuchung wird sich insbesondere mit der Frage zu beschäftigen haben, ob und inwieweit die Bestimmungen über die Vertretung ohne Vertretunsmacht auf diesen Fall zur Anwendung gebracht werden können.

Es werden daher wie bei der Behandlung des Handels ohne Vertretungsmacht zunächst die Wirkungen des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes zu untersuchen sein, während im zweiten Teile der Arbeit die Wirkungen des zwischen dem Vertreter und dem Dritten geschaffenen Rechtsverhältnisses zu behandeln sein werden, d. h. die Frage, ob auch hier eine Haftung des Vertreters dem Dritten gegenüber eintritt, und wie sie sich evtl. gestaltet.

I. Teil.

Die Wirksamkeit des für eine nichtexistierende Person getätigten Rechtsgeschäftes.

A. Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.

§ 1.

Die Nichtigkeit wegen mangelnder Rechtsfähigkeit des Rechtssubjektes.

Die Rechtswirkungen des Handelns für eine fremde Person sind im heutigen deutschen Recht durch das BGB genau festgelegt, und zwar in der Weise, daß das durch den Vertreter geschlossene Rechtsgeschäft unmittelbar für und gegen die Person des Vertretenen wirkt.

Schon im gemeinen Recht war die Ansicht zur Herrschaft gelangt, daß sich bei der Stellvertretung der Tatbestand des Vertretungsaktes und dessen Wirkungen nicht in derselben Person erfüllten, daß vielmehr der Abschluß des Rechtsgeschäftes sich in der Person des Vertreters vollzöge, während die Wirkungen des Geschäftes unmittelbar in der Person des Vertretenen eintreten müßten [1]). Dieser sog. Repräsentationstheorie hat sich das BGB angeschlossen. Daß es für den Abschluß des Geschäftes die Person des Vertreters maßgeblich sein läßt, geht aus § 166 hervor, der bestimmt, daß hinsichtlich der Willensmängel oder des Kennens oder Kennenmüssens von Umständen nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht kommt, und daß nur im Falle des Handelns nach bestimmten Weisungen ein Kennen des Vertretenen entscheidet. Hinsichtlich der Wirkungen des Rechtsgeschäftes bestimmt § 164: „Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen."

---

[1]) Vgl. Windscheid a. a. O. § 73, Ihering a. a. O. S. 154, Regelsberger a. a. O. S. 585 f.

Voraussetzung für den Eintritt dieser Wirkung ist, daß der Vertreter erklärt, für den Vertretenen zu handeln, oder daß sich das Vertretungsverhältnis aus den Umständen ergibt. Ist dies der Fall, so treten die Wirkungen des Rechtsgeschäftes in der Person des Vertretenen ein, wie wenn er selbst das Geschäft abgeschlossen hätte. Er wird Träger der Rechte wie auch der Pflichten, die dem Geschäftsabschluß entspringen. Voraussetzung ist daher weiter, daß der Vertretene überhaupt Träger von Rechten und Pflichten sein kann, d. h. daß er rechtsfähig ist und auch nicht im Hinblick auf das betr. Rechtsgeschäft in der Rechtsfähigkeit beschränkt ist. Da eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit im heutigen deutschen Recht nur ausnahmsweise vorkommt, wird in erster Linie der Fall ins Auge zu fassen sein, daß der Vertretene überhaupt nicht rechtsfähig ist, d. h. sei es als natürliche, sei es als juristische Person nicht existiert.

Handelt jemand für eine nicht existierende Person, so ist nach dem Gesagten wohl der Tatbestand des *Geschäftsabschlusses* erfüllt, weil für diesen nur die Person des Vertreters von Bedeutung ist, es können aber nicht die *Wirkungen* des Geschäftes eintreten, weil die Voraussetzung dafür fehlt, nämlich das Vorhandensein dessen, der Träger der Rechte und Pflichten sein könnte, die sich normalerweise aus dem Geschäftsabschluß ergeben würden.

Ein für eine nicht existierende Person abgeschlossenes Rechtsgeschäft hat also überhaupt keine Wirkungen, es ist nichtig [2]).

Dieselbe Rechtslage muß natürlich eintreten, insoweit der Vertretene in der Rechtsfähigkeit beschränkt ist. Doch sind die Fälle, daß nur hinsichtlich einzelner Rechte die Rechtsfähigkeit

---

[2]) Vgl. v. Tuhr (Bd. 3 S. 435): „Soll ein Recht für den Vertretenen begründet werden, so muß er die zum Erwerb dieses Rechtes erforderliche Rechtsfähigkeit haben . . . . . Für eine nicht existierende und daher nicht rechtsfähige Person kann auch der Vertreter keine Rechte begründen." Aehnlich sagt Staudinger in der 7.—8. Aufl. (Anm. 3a zu § 179): Das Geschäft ist „wegen Mangels des Subjektes nichtig." Ebenso in der 9. Aufl.: Es ist „schon wegen fehlender Rechtsfähigkeit für den Vertretenen unverbindlich." Vgl. weiter RG 106, S. 70 „Recht" 1909 Nr. 1841.

ganz oder zum Teil fehlt, wenig zahlreich. Natürliche Personen sind von der Vollendung der Geburt bis zum Tode allgemein rechtsfähig. Nur ausnahmsweise tritt inbezug auf den Erwerb einiger Rechte eine Beschränkung in der Rechtsfähigkeit ein, z. B. kann landesrechtlich bestimmt werden, daß zu Schenkungen an Mitglieder von Orden (Art. 87 EG. z. BGB) und zum Erwerb von Grundstücken durch Ausländer (Art. 88) staatliche Genehmigung notwendig sein soll.

Juristischen Personen kann durch die Verfassung oder durch das Gesetz die allgemeine Rechtsfähigkeit auf den Erwerb und das Innehaben einzelner Rechte beschränkt werden. Die Satzung kann z. B. den Erwerb von Grundstücken ausschließen. Durch Landesgesetz (Art. 86 E. G. z. BGB) kann der Erwerb von Rechten, die den Wert von 5000 ℳ übersteigen, beschränkt werden. Eine besondere Beschränkung ist durch Gesetz (§ 49 BGB, § 298 HGB, § 70 G. m. b. H.-Ges.) für den Liquidationsfall geschaffen. Die juristische Person gilt dann nur „als fortbestehend, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert". (§ 49 Abs. 2 BGB) [3]).

§ 2.

Die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung.

Enneccerus begründet die Nichtigkeit eines für eine nicht existierende Person geschlossenen Geschäftes, indem er sagt: [1]) „Die Willenserklärung im Namen einer nicht existierenden Person ist auf Unmögliches (Verpflichtung usw. des Nichtexistierenden) gerichtet, würde also nach den allgemeinen Regeln für nichtig zu halten sein." Er leitet die Nichtigkeit also aus den Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung ab [2]).

---

[3]) So auch Staudinger Anm. 9 zu § 49, a. M. Staub A. 7 zu § 298 HGB, A. 19 zu § 70 G. m. b. H. Ges., von Tuhr Bd. I S. 567 A. 46, die nur eine Beschränkung der Vertretungsmacht der Organe annehmen.

[1]) § 170 Anm. 1.

[2]) Auch Staudinger (9. Aufl. Anm. 3a zu § 179) sagt, daß das im Namen eines Verstorbenen ohne Vollmacht abgeschlossene Geschäft als auf etwas Unmögliches gerichtet nichtig sei.

Wir unterscheiden je nachdem, ob die Unmöglichkeit schon beim Geschäftsabschluß vorhanden war oder nicht, zwischen der ursprünglichen und der nachträglichen Unmöglichkeit. Für unseren Fall kann nur die Anwendung der Regeln über die ursprüngliche Unmöglichkeit in Frage kommen, da der Grund der Unmöglichkeit, die Nichtexistenz des Vertretenen, schon beim Abschluß des Geschäftes vorhanden war.

Andererseits teilt man die Unmöglichkeit ein in objektive und subjektive Unmöglichkeit. Objektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung aus tatsächlichen oder juristischen Gründen von niemandem erbracht werden kann, subjektiv unmöglich ist dagegen eine Leistung, die nur nicht der Schuldner, wohl aber ein anderer zu bewirken imstande ist, wie z. B. die Leistung des Verkäufers, der eine ihm nicht gehörende Sache verkauft hat. Man spricht in solchem Falle auch von Unvermögen.

Während die Rechtswirkungen eines Geschäftes, wenn es sich um nachträgliche Unmöglichkeit handelt, bei objektiver und subjektiver Unmöglichkeit dieselben sind, spielt dieser Unterschied gerade bei der ursprünglichen Unmöglichkeit eine große Rolle. Ist eine objektiv unmögliche Leistung versprochen, so ist der Vertrag nach § 306 BGB nichtig, es sei denn, daß die Unmöglichkeit nachträglich behoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen worden ist, daß die Leistung möglich wird (§ 308).

Der Fall der subjektiven Unmöglichkeit hat durch das Gesetz keine allgemeine Regelung gefunden, nur bei einzelnen Schuldverhältnissen finden sich Spezialbestimmungen, wie die Vorschrift des § 434 BGB, wonach der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen, sodaß also z. B. der Kaufvertrag über eine dem Verkäufer nicht gehörende Sache gültig ist. Es ist aber in der Rechtswissenschaft allgemein anerkannt, daß nicht nur in den vom Gesetz genannten Einzelfällen, sondern bei Abschluß eines jeden Rechtsgeschäftes das ursprüngliche Unvermögen der Gültigkeit des Geschäftes nicht entgegensteht. Verpflichtet sich also jemand — gleichgültig durch welchen Vertrag — zur Lieferung einer ihm nicht gehörenden Sache,

so muß er die Leistung erbringen. Gelingt ihm die Beschaffung der Sache nicht, so ist er schadenersatzpflichtig.

Wenn nun Enneccerus die Nichtigkeit des für eine nicht existierende Person abgeschlossenen Rechtsgeschäftes aus einer Unmöglichkeit der Leistung herleiten will, so folgt aus dem Gesagten, daß er eine objektive Unmöglichkeit im Auge haben muß. Es geht dies auch daraus hervor, daß er eine Haftung aus § 307 BGB eintreten lassen will [3]).

Er begründet das Vorliegen der objektiven Unmöglichkeit damit, daß die Willenserklärung auf etwas Unmögliches, nämlich auf die Verpflichtung des Nichtexistierenden, gerichtet sei. Es sei also in diesem Falle die Verpflichtung zur Leistung unmöglich. Es fällt sofort auf, daß dieser Tatbestand nicht mit dem Begriff der objektiven Unmöglichkeit voll übereinstimmt, denn wir haben gesagt, daß bei deren Vorliegen die Willenserklärung sich auf eine Leistung richtet, die von niemanden erbracht werden kann, also auf eine unmögliche Leistung, nicht aber auf eine unmögliche Verpflichtung zu einer Leistung.

Ebensowenig paßt die von Enneccerus aufgestellte Begründung zu seiner eigenen Definition der objektiven Unmöglichkeit. Er sagt nämlich an anderer Stelle [4]): „Unmöglich im Wortsinne ist nur die Leistung, die überhaupt nicht gemacht werden kann, z. B. die Leistung einer untergegangenen Sache. Ist die Leistung zwar an sich möglich, aber der Schuldner außer Stande, sie zu bewirken, so spricht das BGB mit Recht nur von Unvermögen des Schuldners." Auch Enneccerus spricht hier nur von Unmöglichkeit einer Leistung.

Eine Willenserklärung ist nicht aus dem Grunde nichtig, weil sie sich abstrakt auf etwas Unmögliches, sondern weil sie sich auf eine unmögliche Leistung richtet. Es würde daher der Fall des Handels für einen Nichtexistierenden nur dann unter die Regeln über die objektive Unmöglichkeit zu bringen sein, wenn die Verpflichtung oder Berechtigung des Nicht-

---

[3]) Vgl. unten § 6.
[4]) § 253, 1.

existierenden die vom Vertreter zu bewirkende Leistung wäre. Dann wäre tatsächlich die Leistung unmöglich und mithin die Willenserklärung nichtig. Nun ist es aber nicht so, daß die Verpflichtung des Nichtexistierenden eine Leistung des Vertreters darstellt, denn es liegt ja gerade in dem Wesen der Stellvertretung begründet, daß der Vertretene unmittelbar zur Leistung verpflichtet bezw. berechtigt wird.

Die Willenserklärung des Vertreters enthält die Verpflichtung des Vertretenen zur Leistung, wie wenn der Vertretene die Erklärung selbst abgegeben hätte. Es ist demnach ein Geschäft, das durch einen Vertreter abgeschlossen wird, genau so, wie wenn es ohne einen solchen abgeschlossen wäre, wegen Unmöglichkeit nur dann nichtig, wenn die Leistung des Vertretenen (oder die des Dritten) objektiv unmöglich ist.

Die Frage nach der Unmöglichkeit der Verpflichtung zur Leistung darf nicht gestellt werden, da sie ein subjektives Moment enthält und so den Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit verwischt. Es kann vielmehr nur eine Frage nach der Wirksamkeit der Verpflichtung geben, die in erster Linie aus den Bestimmungen über die Stellvertretung zu lösen ist. Soll aber die Unwirksamkeit aus der Unmöglichkeit hergeleitet werden, so geht es eben nur dann, wenn die Leistung, auf welche sich die Verpflichtung erstreckt, unmöglich ist.

Wenn wir nun die Frage stellen, ob in dem Falle des Handels für eine nicht existierende Person die von dem Vertreter mit dem Dritten vereinbarte Leistung objektiv unmöglich ist, so kann die Antwort nur im verneinenden Sinne ausfallen, denn es ist nicht so, daß die Leistung von niemandem erbracht werden könnte. Nur der durch den Geschäftsabschluß unmittelbar Verpflichtete kann sie nicht erbringen, weil er nicht existiert. Von einer objektiven Unmöglichkeit kann daher keine Rede sein.

Man könnte vielmehr geneigt sein anzunehmen, daß in diesem Falle eine subjektive Unmöglichkeit vorläge. Aber diese Annahme scheitert daran, daß die subjektive Unmöglichkeit das Bestehen eines Subjektes zur Voraussetzung hat. Wenn kein

Subjekt vorhanden ist, kann man auch nicht von dem Unvermögen dieses Subjektes reden.

Wir kommen daher zu dem Schluß, daß auf unsern Fall die Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung keine Anwendung finden können. Da es sich um einen besonderen Fall der Stellvertretung handelt und der Abschluß eines Geschäftes für eine nicht existierende Person überhaupt erst dadurch ermöglicht wird, daß es eine Stellvertretung gibt, kann auch die Nichtigkeit eines solchen Geschäftes nur aus den Sonderbestimmungen über die Stellvertretung hergeleitet werden.

§ 3.

Die Nichtigkeit wegen mangelnder Vertretungsmacht.

Die Nichtigkeit eines Geschäftes, das für eine nicht existierende Person abgeschlossen ist, auf Grund der mangelnden Rechtsfähigkeit ist bereits behandelt worden. Es ist dabei die Frage der Vertretungs*macht* unberücksichtigt gelassen, vielmehr ist ohne Rücksicht auf sie auf Grund der im Rechte der Stellvertretung allgemein herrschenden Repräsentationstheorie die Nichtigkeit daraus hergeleitet worden, daß eine nicht existierende Person keine Rechte und Pflichten haben kann.

Wirft man nun die Frage auf, ob der für eine nicht existierende Person Handelnde Vertretungsmacht besitzt, so ist es selbstverständlich, daß sie verneint werden muß, denn es ist niemand da, der die Vertretungsmacht erteilen könnte. Aber es handelt sich um einen Fall der Vertretung ohne Vertretungsmacht, der im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist, denn das BGB geht bei seiner Regelung davon aus, daß eine vertretene Person vorhanden ist, die den Abschluß des Geschäftes genehmigen kann. Es wird daher die Frage zu prüfen sein, ob die gesetzlichen Bestimmungen auch auf einen solchen Mangel in der Vertretungsmacht Anwendung finden können, der auf der Nichtexistenz des Vertretenen beruht [1]).

---

[1]) Es ist diese Frage wichtig für die Haftung des Vertreters, da eine solche nach § 179 BGB nur eintreten kann, wenn die Nichtigkeit auf mangelnder Vertretungsmacht beruht. Vgl. unten § 8.

Bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht, wie sie in den §§ 177 ff. BGB geregelt ist, muß man unterscheiden, ob ein Vertrag oder ein einseitiges Rechtsgeschäft abgeschlossen ist. Das Gesetz regelt zunächst in den §§ 177, 178 die Rechtswirkungen eines ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrages.

Mit dem Abschluß ist der Vertrag weder wirksam noch nichtig, vielmehr entsteht ein Schwebezustand, der durch die Genehmigung bezw. Verweigerung der Genehmigung durch den Vertretenen beendigt wird. Der Vertrag wird im Falle der Genehmigung von Anfang an wirksam, im anderen Falle von Anfang an nichtig. Der Dritte ist grundsätzlich an das Geschäft gebunden, doch ist ihm bis zur Erklärung über die Genehmigung ein Widerrufsrecht gegeben, das aber entfällt, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht beim Vertragsabschluß gekannt hat.

Die Erteilung der Genehmigung kann sowohl dem Vertreter als auch dem Dritten gegenüber erklärt werden (§ 182 Abs. 1). Hat jedoch der Dritte den Vertretenen zur Erklärung der Genehmigung aufgefordert, so kann sie nur ihm gegenüber erfolgen. Außerdem hat eine solche Aufforderung die Wirkung, daß dadurch die Genehmigungsfrist auf zwei Wochen begrenzt wird. Nach Ablauf dieser Frist gilt die Genehmigung als verweigert, und das Geschäft ist damit nichtig.

Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist die Vertretung ohne Vertretungsmacht nach § 180 Satz 1 in der Regel unzulässig. Ein trotzdem ohne Vertretungsmacht vorgenommenes einseitiges Rechtsgeschäft ist, soweit nicht das Gesetz selbst eine Ausnahme macht, weil gegen ein gesetzliches Verbot verstoßend, nichtig. Der dieser Bestimmung zugrunde liegende Gedanke ist der, daß anders als beim Vertrage dem Dritten hier kein Widerrufsrecht eingeräumt werden kann, da er ja völlig ohne Einfluß auf die Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes ist.

Für nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen gilt die Bestimmung des § 180 Satz 1 ausnahmslos. Bei empfangsbedürftigen entfällt aber der dieser Bestimmung zugrunde

liegende Rechtsgedanke, wenn der Empfänger mit dem Handeln ohne Vertretungsmacht ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden war oder es nicht beanstandete (§ 180 Satz 2). In diesen Fällen ist die Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte ohne Vertretungsmacht zulässig. Zulässig sind ferner empfangsbedürftige einseitige Willenserklärungen, die dem Vertreter ohne Vertretungsmacht mit dessen ausdrücklichen oder stillschweigenden Verständnis abgegeben werden (§ 180 Satz 3). Auf die Rechtswirkungen dieser zulässigen einseitigen Rechtsgeschäfte finden die Vorschriften über die Rechtswirkungen der ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Verträge Anwendung.

In diese Regelung der Rechtswirkungen des Handelns ohne Vertretungsmacht fügt sich nun unser Fall des Handelns für eine nicht existierende Person insofern nicht hinein, als hier der Mangel der Vertretungsmacht auf der Nichtexistenz des Vertretenen beruht, also unheilbar ist, während das Gesetz nur den Fall in Betracht zieht, daß der Mangel durch nachträgliche Genehmigung geheilt werden kann. Die gesetzlichen Bestimmungen über den Eintritt und die Beendigung des Schwebezustandes bei Verträgen sind daher unanwendbar.

Es ist damit aber nicht gesagt, daß sich aus ihnen keine Schlüsse auf unseren Fall ziehen ließen. Wenn das Gesetz bestimmt, daß ein ohne Vertretungsmacht geschlossener Vertrag nichtig ist, wenn der Mangel der Vertretungsmacht nachträglich nicht geheilt wird, so folgt daraus, daß der Vertrag ebenso nichtig sein muß, wenn der Mangel von vornherein unheilbar ist. Wenn die Wirksamkeit eines Vertrages von einer Genehmigung abhängig ist, so muß er nichtig sein, wenn die Genehmigung von vornherein ausgeschlossen ist.

Der Sinn des Gesetzes ist der, daß einem unter dem Mangel der Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrage die Wirksamkeit versagt werden soll. Da aber in der Regel der Mangel heilbar ist, muß zunächst eine schwebende Wirksamkeit eintreten, bis es sich herausgestellt hat, ob eine Heilung des Mangels erfolgt oder nicht. Wenn nun aber ausnahmsweise der Mangel von vornherein unheilbar ist, so ist dieser Schwebe-

zustand überflüssig und nach dem Sinne des Gesetzes der Vertrag ohne weiteres nichtig [2]).

Ein für eine nicht existierende Person abgeschlossenes einseitiges Rechtsgeschäft ist ebenfalls nichtig, weil es unter die Bestimmung des § 180 fällt, also unzulässig ist, wie jedes andere ohne Vertretungsmacht geschlossene einseitige Rechtsgeschäft. Handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, und hat der Empfänger den Mangel der Vertretungsmacht nicht beanstandet, so gilt gemäß § 180 Satz 2 das, was über die für eine nicht existierende Person abgeschlossenen Verträge gesagt ist. Der Fall des § 180 Satz 2, daß der Empfänger mit der Vertretung ohne Vertretungsmacht, also mit der Abgabe der Erklärung für eine nicht existierende Person, einverstanden ist, wird praktisch nicht vorkommen, da er die Kenntnis von dem Mangel der Vertretungsmacht, also der Nichtexistenz des Vertretenen, voraussetzt und niemand sich mit der Abgabe einer Willenserklärung einverstanden erklären wird, der von vornherein die Möglichkeit des Wirksamwerdens durch nachträgliche Genehmigung genommen ist [3]). Entsprechend wird es auch mit dem Fall des § 180 Satz 3 sein, daß dem Vertreter gegenüber mit dessen Einverständnis eine empfangsbedürftige Willenserklärung abgegeben wird.

Wir kommen zu dem Ergebnis, daß die schon auf Grund der mangelnden Rechtsfähigkeit des Rechtssubjektes festgestellte Nichtigkeit eines für eine nicht existierende Person abgeschlossenen Rechtsgeschäftes auch aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Vertretung ohne Vertretungsmacht herzuleiten ist, und können sagen:

Ein Geschäft, das für eine nicht existierende Person abgeschlossen worden ist, ist nichtig wegen des Mangels in der

---

[2]) Ebenso hat das Oberlandesgericht Celle (Seuff. Arch. 1909 S. 218) ausgesprochen, daß unser Fall ein Handeln ohne Vertretungsmacht darstelle, da hinter dem Handelnden kein Vertretener stände. Es fehle an einem Vertragsgegner, an einem Subjekt des Geschäftes, das die Genehmigung erteilen könnte, vielmehr sei diese von vornherein unmöglich und das Geschäft deshalb von Anfang an nichtig.

[3]) Ein Einverständnis mit der Abgabe einer solchen Willenserklärung wäre nur in den Sonderfällen des § 11 denkbar, da hier eine Haftung des Vertreters auch bei Kenntnis des Dritten eintritt.

Vertretungsmacht, der auf der Nichtexistenz des Vertretenen beruht [4]).

B. Besondere Fälle des Handels für eine nicht existierende Person.

§ 4.

Das Handeln für einen Verstorbenen.

Das bisher Gesagte muß natürlich grundsätzlich auch dann Geltung haben, wenn für eine Person gehandelt wird, die zwar im Augenblick des Geschäftsabschlusses nicht existiert aber vorher existiert hat, d. h. wenn für eine schon verstorbene natürliche oder für eine untergegangene juristische Person ein Geschäft abgeschlossen wird. Doch gilt dies nur mit Einschränkungen.

Wenn die Person, für die gehandelt wird, vor dem Geschäftsabschluß gestorben ist und zu Lebzeiten eine Vollmacht niemals erteilt hat, ist das Geschäft wegen Mangels der Vertretungsmacht von vornherein nichtig [1]), da die Genehmigung, die dem Schwebezustand ein Ende machen und dem Geschäft die Wirksamkeit verleihen soll, nicht erfolgen kann. Das nichtige Geschäft wird jedoch gemäß § 140 BGB in ein gültiges umgewandelt werden können, wenn anzunehmen ist, daß bei Kenntnis des Todes das Geschäft für die Erben abgeschlossen worden wäre. Es würde denn nach § 177 BGB schwebend wirksam sein und von den Erben genehmigt werden können. Ob eine solche Umwandlung möglich ist, wird von den Umständen des einzelnen Falles abhängen, sie wird jedenfalls nur vorgenommen werden können, wenn sich ein entsprechender Wille der Abschließenden ergibt. Abzulehnen ist daher die weitergehende Ansicht Hupkas [2]), der das Geschäft im Falle des Handelns für einen Verstorbenen *immer* als für den Erben

---

[4]) Die Nichtigkeit sowohl wegen mangelnder Rechtsfähigkeit als auch wegen mangelnder Vertretungsmacht ist also auf denselben Umstand, nämlich die Nichtexistenz des Vertretenen, zurückzuführen. Nur die Konstruktion ist in den beiden Fällen verschieden. Vgl. unten § 8.

[1]) Es ist nicht nichtig, wie Staudinger sagt, weil es auf etwas Unmögliches gerichtet ist (s. Anm. 2 zu § 2).

[2]) A. a. O. S. 172.

abgeschlossen ansieht mit der Begründung, daß dieser „personam defuncti sustinet".

Wenn der Vertretene Vollmacht erteilt hat, aber vor dem Abschluß des Geschäftes gestorben ist, muß Nichtigkeit eintreten, wenn durch den Tod des Vertretenen ein Mangel in der Vertretungsmacht geschaffen wird, d. h. wenn durch den Tod die erteilte Vollmacht erlischt. Jedoch wird auch hier geprüft werden müssen, ob nicht der Geschäftsabschluß für den Verstorbenen in ein Handeln für die Erben umgedeutet werden kann. Erlischt die Vollmacht mit dem Tode nicht, so treten die Erben immer an die Stelle des Verstorbenen. Es handelt sich daher zunächst darum festzustellen, in welchen Fällen die Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers erlischt und in welchen Fällen sie trotz des Todes von Bestand bleibt.

Nach § 168 Satz 1 BGB bestimmt sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis. Wird dieses durch den Tod des Vollmachtgebers beendet, so erlischt dadurch die Vollmacht, bleibt es trotz des Todes von Bestand, so besteht auch die Vollmacht fort. Da nun aber die meisten Rechtsverhältnisse aktiv und passiv auf den Gesamtrechtsnachfolger übergehen, bleibt auch in der Regel die Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers unberührt.

Das Rechtsverhältnis, auf dem die Vollmacht beruht, wird in den meisten Fällen ein Auftrag, ein Dienst-, Werk- oder Gesellschaftsvertrag sein. Nach § 672 BGB erlischt der Auftrag im Zweifel durch den Tod des Auftragebers nicht. Das gleiche gilt nach § 675 BGB für den Dienst- und Werkvertrag, sofern er eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. Es bleibt also in diesen Fällen im Zweifel auch die Vollmacht bestehen. Auch die Prokura erlischt nach § 52 Abs. 2 HGB nicht durch den Tod des Prinzipals. Anders ist es dagegen bei der auf einem Gesellschaftsvertrag beruhenden Vollmacht, denn nach § 727 Abs. 1 BGB wird im Zweifel durch den Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft aufgelöst, demnach auch die auf Grund des Gesellschaftsvertrages erteilte Vollmacht zum Erlöschen gebracht.

Wie aus den Worten „im Zweifel" hervorgeht, kann bei Eingehung eines Auftragsverhältnisses, eines Dienst- oder Werkvertrages bestimmt werden, daß das betr. Rechtsverhältnis durch den Tod des Auftraggebers bezw. Dienst- oder Geschäftsherrn untergehen soll, es würde dann gemäß § 168 BGB natürlich auch die Vollmacht erlöschen. Umgekehrt kann bei Abschluß eines Gesellschaftsvertrages abgemacht werden, daß das Fortbestehen der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters nicht berührt werden soll, in diesem Falle bleibt trotz des Todes eines Gesellschafters auch die Vollmacht bestehen. Andererseits enthält auch der § 168 Abs. 1 selbst keine zwingende Vorschrift, es kann also bei Erteilung der Vollmacht bestimmt werden, daß diese beim Tode des Vollmachtgebers unabhängig von dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis fortbestehen bezw. erlöschen soll.

§ 168 regelt nur das Erlöschen einer Vollmacht, die auf Grund eines bestehenden Rechtsverhältnisses erteilt ist. Bestritten ist die Frage, ob die Vollmacht mit dem Tode des Vollmachtgebers erlischt, wenn kein Rechtsverhältnis zu Grunde liegt.

Im BGB befindet sich keine Bestimmung darüber, ob der Tod des Vollmachtgebers ein Erlöschungsgrund für die abstrakt erteilte Vollmacht ist oder nicht. Planck[3]) steht auf dem Standpunkt, daß sie nicht notwendig durch den Tod des Vollmachtgebers beendet werden müsse, doch könnte der Uebergang auf die Erben ausgeschlossen werden. Auch Dernburg[4]) spricht verallgemeinert aus, daß die Vollmacht im Zweifel durch den Tod nicht erlischt.

Diese Ansicht scheint mir jedoch nicht die richtige zu sein. Vom Standpunkte des Erben aus wäre eine solche Lösung unbillig, denn dieser wird in der Regel von der Bevollmächtigung überhaupt nichts wissen. Er wird jedenfalls viel weniger von ihr erfahren, als wenn sie auf Grund eines Rechtsverhältnisses geschehen ist, in das er eintritt, wenn er mit dem Tode des Vollmachtgebers fortbesteht. Gerade in dem Falle der abstrakten

[3]) Anm. 3 zu § 168.
[4]) A. a. O. § 165 III.

Bevollmächtigung ist daher der Erbe den Handlungen des Bevollmächtigten schutzlos unterworfen. Wenn § 168 Satz 2 BGB bestimmt, daß schon die auf Grund eines Rechtsverhältnisses erteilte Vollmacht jederzeit widerruflich ist, so muß es umsomehr die abstrakt erteilte sein. Dieses Widerrufsrecht, das dem Vollmachtgeber von einem Vertreter, der nicht mehr sein Vertrauen genießt, schützt, ist nach dem Tode des Vollmachtgebers in den meisten Fällen illusorisch, da der Erbe von der Bevollmächtigung nichts weiß. Es wäre daher eine große Härte, wenn man eine abstrakt erteilte Vollmacht auch nach dem Tode des Vollmachtgebers fortbestehen lassen wollte. Man wird sagen müssen, daß sie mit diesem Zeitpunkt erlischt, sofern nicht das Gegenteil bei der Bevollmächtigung vereinbart worden ist oder sich aus den Umständen ergibt[5]).

So kommt man zu dem Ergebnis, daß die auf Grund eines Rechtsverhältnisses erteilte Vollmacht in den meisten Fällen auch nach dem Tode des Vollmachtgebers fortbesteht, während die abstrakt erteilte Vollmacht im Zweifel mit dem Tode des Vollmachtgebers erlischt.

Nun gibt es Fälle, in denen die Vollmacht trotz ihres Erlöschens als fortbestehend gilt. Einmal kommt dies vor, wenn eine Vollmacht erlischt, die auf Grund eines Auftrages, Dienst-, Werk- oder Gesellschaftsvertrages erfolgt ist. Nach §§ 674, 675, 729 BGB gilt die Vertretungsmacht hier solange als fortbestehend, als der Bevollmächtigte von dem Erlöschen keine Kenntnis erlangte oder erlangen mußte. Die Vertretungsmacht wirkt aber nach § 169 BGB in diesen Fällen nicht zugunsten eines Dritten, der bei der Vornahme eines Rechtsgeschäftes das Erlöschen kennt oder kennen muß. Es bedeutet dies, daß die fingierte Vertretungsmacht nur dann rechtswirksam ist, wenn sich beide, der Vertreter sowohl als auch der Dritte, beim Geschäftsabschluß in dem entschuldbaren Irrtum befanden, daß die Vollmacht noch nicht erloschen sei,

---

[5]) Auch Staudinger (Anm. 4 zu § 168) läßt die abstrakte Vollmacht mit dem Tode des Vollmachtgebers erlöschen, ebenso Hölder (Anm. 1 b zu § 168) als Folgerung aus dem Widerrufsrecht.

in unserem Falle also, daß der Vertretene noch lebe, oder daß die Vollmacht trotz des Todes fortbestehe.

Weiter kommt eine fingierte Vertretungsmacht nach den Bestimmungen der §§ 170—173 BGB vor. War nämlich die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Dritten erteilt oder die Vollmachtserteilung dem Dritten durch besondere Mitteilung oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben, so gilt die Vertretungsmacht zugunsten des Dritten, sofern er das Erlöschen beim Geschäftsabschluß weder kannte noch kennen mußte, als fortbestehend, bis ihm dieses angezeigt oder die Vollmacht ihm gegenüber bezw. öffentlich widerrufen wird. War dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt und dem Dritten vom Vertreter vorgelegt, so gilt die Vertretungsmacht als fortbestehend, bis die Vollmachtsurkunde zurückgegeben oder für kraftlos erklärt ist. In diesen Fällen wirkt also die Vertretungsmacht weiter, wenn das Erlöschen der Vollmacht zur Zeit des Geschäftsabschlusses nicht in der vorgeschriebenen Form angezeigt und der Dritte gutgläubig war. Ist die Vollmacht nur intern erteilt, so gibt es einen ähnlichen Schutz des gutgläubigen Dritten in der Regel nicht. Nur das Erlöschen einer Prokura kann nach § 15 HGB dem Dritten nicht entgegengesetzt werden, wenn er es nicht kennt und es nicht gemäß § 53 Abs. 3 HGB ins Handelsregister eingetragen und veröffentlicht ist.

Was die gesetzliche Vertretungsmacht anbelangt, so erlischt diese natürlich stets mit dem Tode des Vertretenen. Es ist dies ebenfalls nicht im Gesetz ausdrücklich erwähnt, geht aber aus dem Zweck der gesetzlichen Stellvertretung hervor, die nur geschaffen ist, um die Interessen einer bestimmten Person wahrnehmen zu können. Ist die Person gestorben, so ist damit ihrer gesetzlichen Vertretung der Boden entzogen.

In den Fällen nun, wo die Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers erlischt, würde nach Hupkas Ansicht der so entstandene Mangel der Vertretungsmacht durch Genehmigung des Erben, pui personam defuncti sustinet, immer geheilt werden können. Dem steht aber auch hier wieder entgegen, daß eine solche Genehmigung nur dann eintreten kann wenn,

man das Geschäft durch Umwandlung gemäß § 140 BGB als für die Erben abgeschlossen ansehen kann, und hier ist wieder der Wille der Vertragschließenden entscheidend. Nun wird man allerdings im Hinblick auf den Erfolg des gewollten Geschäftes darauf schließen können, daß dieses, soweit nicht im Einzelfalle besondere Umstände dagegen sprechen, dem Willen der Abschließenden entsprechend als für die Erben abgeschlossen gelten kann.[6]) Da aber die Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers erloschen ist, bleibt das Geschäft schwebend unwirksam, bis die Erben die Genehmigung erteilt haben.

Wenn sich jedoch aus den Umständen ergibt, daß das Geschäft nicht als für die Erben abgeschlossen angesehen werden kann, dann ist es wegen der Unheilbarkeit des Mangels in der Vertretungsmacht von vornherein nichtig.

Erlischt die Vollmacht mit dem Tode des Vollmachtgebers nicht, oder gilt die Vertretungsmacht trotz des Todes als fortbestehend, so wird mit dem Tode der Erbe zum Vertretenen. Die Rechte und Pflichten des Vollmachtgebers gehen auf ihn über, insbesondere auch das Recht, die Vollmacht jederzeit zu widerrufen. Wird das Geschäft abgeschlossen, bevor der Erbe die Vollmacht widerrufen hat, so wird es, ohne daß es noch einer besonderen Genehmigung bedarf, für den Erben gültig.

Wird für eine nicht mehr existierende juristische Person ein Geschäft abgeschlossen, so ist dies immer nichtig. Es ist dabei gleichgültig, ob es von einem früheren Organ oder einem Vertreter abgeschlossen wird, und es kommt ebensowenig darauf an, ob dem Vertreter jemals eine Vollmacht erteilt war oder nicht, und ob die Bevollmächtigung, wenn sie stattfand, auf Grund eines Rechtsverhältnisses oder abstrakt geschah. Mit dem Untergang einer juristischen Person tritt ein Mangel in der Vertretungsmacht ein, der immer unheilbar ist, da hier eine Umdeutung des abgeschlossenen Geschäftes gemäß § 140 BGB nicht stattfinden kann.

---

[6]) Vgl. Enneccerus § 170 Anm. 1: „Der vermutlichen (eventuellen) Absicht gemäß".

§ 5.

Das Handeln für eine künftige Person.

Wenn die Rechtswirkungen des Handelns für eine nicht mehr existierende Person behandelt worden sind, so wird nun auch der Frage näher zu treten sein, welche Wirkungen das Handeln für eine noch nicht existierende Person hat. Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden, einmal das Handeln für die Person als eine gegenwärtig existierende und zweitens das Handeln für eine noch nicht existierende Person im Hinblick auf ihre künftige Entstehung, das sogenannte Handeln für eine künftige Person.

Im ersten Falle liegt die Sache nicht anders, als wenn für eine Person gehandelt wird, die nicht existiert und auch niemals existieren wird. Es ist ein solches Geschäft von vornherein nichtig [1]). Das Handeln für eine künftige Person, d. h. im Hinblick auf ihre künftige Entstehung, kann jedoch in vielen Fällen voll wirksam sein.

Es ist hier davon auszugehen, daß das Gesetz in gewissen Fällen künftigen (natürlichen und juristischen) Personen eine eigenartige Rechtsstellung verleiht. Rechte können zwar nur rechtsfähige Personen haben, und da die Rechtsfähigkeit des Menschen erst mit der Geburt, die der juristischen Person erst mit ihrer Entstehung beginnt, können noch nicht existierende natürliche oder juristische Personen nicht Träger von Rechten und Pflichten sein. Wohl aber können sie sog. Anwartschaften erwerben.

Von Tuhr bezeichnet die Anwartschaften als im Werden begriffene Rechte [2]). Eine Anwartschaft liegt dann vor, wenn schon mehrere Tatbestandsteile vorhanden sind, die der Schaffung eines Rechts dienen, wenn aber noch ein oder mehrere Tatbestandsteile fehlen, um das Recht zur Entstehung

---

[1]) Wenn besondere Umstände auf einen entsprechenden Willen der Parteien schließen lassen, würde eine Umdeutung des nichtigen Geschäfts in ein für die künftige Person abgeschlossenes möglich sein, das dann durch die Genehmigung der entstandenen Person oder deren Vertreter wirksam werden würde.

[2]) A. a. O. Bd. 1 S. 180.

zu bringen. Mit Eintritt des letzten erforderlichen Tatbestandsteiles wird die Anwartschaft in das betr. Recht verwandelt. Anwartschaften sind z. B. die bedingte Forderung und die Rechtsstellung des Nacherben, die durch Eintritt der Bedingung bezw. des Falles der Nacherbfolge in das volle Recht übergehen. Kraft Gesetzes ist nun den künftigen Personen dadurch, daß für sie solche Anwartschaften begründet werden können, die Möglichkeit gegeben, zu einem Rechtserwerb zu gelangen. Dieser Rechtserwerb tritt aber erst dann ein, wenn der letzte Tatbestandsteil für die Entstehung des betr. Rechtes, nämlich der Eintritt der Rechtsfähigkeit, erfüllt ist. Mit der Geburt des Menschen bezw. der Entstehung der juristischen Person wird die Anwartschaft in das Recht umgewandelt, und zwar fällt mit diesem Zeitpunkt das Recht ispo iure der entstandenen Person an.

Anwartschaften können nach dem Gesetz begründet werden für eine noch nicht geborene, aber schon erzeugte natürliche Person, für eine noch nicht einmal erzeugte natürliche Person und auch für eine zukünftige juristische Person.

Für die schon erzeugte natürliche Person, den nasciturus, ergibt sich eine Anwartschaft aus § 1923 Abs. 2 BGB. Nach dieser Bestimmung gilt hinsichtlich der Erbfähigkeit derjenige, der zurzeit des Erbfalles noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, als vor dem Erbfalle geboren. Diese Fiktion bewirkt, daß dem nasciturus die Möglichkeit eröffnet wird, auf Grund einer letztwilligen Verfügung oder des gesetzlichen Erbrechtes einmal Erbe zu werden, und zwar wird er ohne weiteres Erbe mit dem Augenblick seiner Geburt. Die Fiktion besagt aber auch weiter, daß er, wenn er geboren wird, schon seit dem Erbfalle als Erbe gilt, sie hat also rückwirkende Kraft.

Eine weitere Anwartschaft besteht für den nasciturus gemäß § 844 Abs. 2 Satz 2 BGB in dem Falle, daß derjenige getötet wird, der ihm gegenüber unterhaltsverpflichtet gewesen wäre. Die Anwartschaft stellt hier ein im Werden begriffenes Recht auf Schadenersatz demjenigen gegenüber dar, der den Unterhaltsverpflichteten getötet hat. Mit dem Augenblick der Geburt kommt dieses Recht zur Entstehung.

Bestritten ist es, ob auch in dem Falle des § 1708 BGB eine Anwartschaft vorliegt, ob also schon das erzeugte uneheliche Kind eine Anwartschaft auf die vom Vater zu zahlende Unterhaltsrente hat. Die Streitfrage konnte deshalb entstehen, weil hier in Abweichung von den vorher behandelten Fällen das Gesetz nicht ausdrücklich von einer noch nicht geborenen, aber schon erzeugten Person spricht. Es ist jedoch zu bedenken, daß sich hier, wo die Unterhaltspflicht gerade dem Zeugungsakte entspringt, ein solcher gesetzlicher Hinweis erübrigt. Mit dem Zeugungsakte ist der erste Tatbestand der Entstehung des Unterhaltsanspruches erfüllt, seit diesem Augenblick ist das Recht der künftigen Person im Werden, es gelangt wie in den vorhergehenden Fällen zur Entstehung mit dem Augenblick der Geburt. Die Rechtslage ist also keine andere als dort, man wird auch hier von einer Anwartschaft der künftigen Person zu sprechen haben [3]). Diese Ansicht wird dadurch bestätigt, daß in § 1716 BGB der Mutter die Möglichkeit gegeben wird, schon vor der Geburt den Unterhaltsanspruch für das Kind sicher zu stellen.

Eine Anwartschaft der in der Entstehung begriffenen juristischen Person, die also den Anwartschaften des nasciturus entspricht, finden wir im Gesetz bei der Stiftung. Da diese nach § 80 BGB erst mit der Genehmigung als rechtsfähige Person entsteht, stellen sich bis zu diesem Zeitpunkt die von den Stiftern in dem Stiftungsgeschäft übernommenen Verpflichtungen als Anwartschaften der Stiftung dar. Außerdem besteht für Zuwendungen durch letztwillige Verfügung die Fiktion des § 84 BGB, daß für den Fall, daß die Genehmigung erst nach dem Tode des Stifters erfolgt, die Stiftung als schon vor dessen Tode entstanden gilt.

Für die übrigen künftigen Personen, also vor allem natürliche Personen, die noch nicht erzeugt sind, findet sich die Möglichkeit von Anwartschaften im Erbrecht. Nach § 2101

---

[3]) Für die Erwerbung eines künftigen Rechtes durch den nasciturus spricht sich auch Planck aus (§ 1708 IVd), ebenso auch von Tuhr (Bd. I S. 191 u. S. 193 Anm. 46), anders Staudinger (Anm. 2b zu § 1912).

Abs. 1 BGB kann eine zur Zeit des Erbfalles noch nicht erzeugte Person zum Nacherben eingesetzt werden, dasselbe gilt nach § 2101 Abs. 2 auch für eine noch nicht entstandene juristische Person, wobei die Vorschrift des § 84 BGB unberührt bleibt. Diese Anwartschaften auf die Nacherbfolge erlöschen aber wie die Anwartschaft jedes anderen Nacherben nach 30 Jahren (§ 2109 BGB). Weiter kann für eine zur Zeit des Erbfalles noch nicht erzeugte oder noch nicht bestimmte Person nach § 2162 Abs. 2 BGB ein Vermächtnis angeordnet werden mit der Wirkung, daß das Recht mit der Geburt des Kindes zur Entstehung gelangt (§ 2178 BGB) [4]). Doch geht die so begründete Anwartschaft ebenfalls nach 30 Jahren unter.

Durch Vertrag unter Lebenden kann zugunsten eines Dritten, wie aus § 331 Abs. 2 BGB folgt, schon dann ein Recht erzeugt werden, wenn der Dritte zurzeit des Vertragsschlusses noch nicht geboren war, auch braucht er in diesem Augenblick noch nicht erzeugt zu sein. Der Vertrag kann auch hier gemäß § 328 BGB so gestaltet sein, daß der noch nicht geborene Dritte durch seine Geburt unmittelbar das im Vertrage festgelegte Recht erlangt, also bis zu diesem Zeitpunkte eine Anwartschaft hat, die nur durch übereinstimmenden Willen der Kontrahenten wieder aufgehoben werden kann, und deren Aufhebung überhaupt ausgeschlossen ist, wenn einer der Kontrahenten vor der Geburt des Kindes stirbt [5]).

In allen erwähnten Fällen handelt es sich nicht darum, daß die Anwartschaft durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, bei dem der noch nicht Existierende *vertreten* wird. Dagegen ist es möglich, daß auf Grund einer Anwartschaft in gewissem Umfange Handlungen vorgenommen werden. Sehr oft wird die Vornahme von Handlungen sogar notwendig sein, um die Anwartschaft zu erhalten oder Gefahren abzuwenden, die ihrem Bestande drohen. So wird z. B. zur Sicherung

---

[4]) Nur wenn das Vermächtnis für einen nasciturus angeordnet ist, wird mit Rücksicht auf § 1923 Abs. 2 BGB anzunehmen sein, daß der Anfall des Vermächtnisses auf den Erbfall zurückbezogen sein soll. Vgl. von Tuhr Bd. 1 S. 192 Anm. 41a.

[5]) Vgl. hierzu OLG 10,74.

einer Anwartschaft auf Schadenersatz aus § 844 Abs. 2 BGB und auch auf Unterhalt aus § 1708 BGB die Vornahme von Handlungen zuweilen erforderlich sein. Die Anwartschaft des noch nicht erzeugten Nacherben wird Handlungen vernotwendigen, wenn dem Vorerben die nach § 2120 zu dessen Verfügungen erforderliche Einwilligung erteilt werden, oder wenn gemäß §§ 2127, 2128 BGB Auskunft bezw. Sicherheit vom Vorerben verlangt werden soll, und auch die Anwartschaft auf ein Vermächtnis wird zur Wahrnehmung der Interessen Handlungen erfordern.

Solche Handlungen können nun in den vorliegenden Fällen nicht vom Träger der Anwartschaft vorgenommen werden, weil er nicht existiert. Wo das Gesetz solche Anwartschaften zugelassen hat, ist es daher gezwungen, Vertreter einzusetzen, die für die noch nicht existierende Person handeln können. Das Gesetz tut dies, indem es in §§ 1912, 1913 BGB bestimmt, daß für Personen, welche noch nicht geboren sind, ein Pfleger bestellt werden kann. Nach § 1912 Satz 1 kann für den nasciturus eine Pflegschaft angeordnet werden, soweit seine künftigen Rechte einer Fürsorge bedürfen. Die Fürsorge steht aber nach Satz 2, wenn das Kind ehelich ist, dem Vater oder der Mutter zu. Für eine uneheliche Leibesfrucht läßt § 38 Jug.-Wohlf.-Ges. die Bestellung einer Pflegschaft auch dann zu, wenn die Voraussetzung des § 1912 Satz 1 nicht vorliegt, sodaß hier ein Nachweis des Fürsorgebedürfnisses nicht notwendig ist. Für die übrigen künftigen Personen ist in § 1913 die Pflegschaft angeordnet, insbesondere bestimmt § 1913 Satz 2 die Bestellung eines Pflegers für einen noch nicht erzeugten Nacherben.

Außerdem ist hier von Wichtigkeit die Bestimmung des § 1716 BGB, wonach die Mutter des noch nicht geborenen unehelichen Kindes zur Sicherung des Unterhaltsanspruches aus § 1708 BGB gegen den Vater eine einstweilige Verfügung erwirken kann.

Ein Pfleger kann nach den Bestimmungen der §§ 1912, 1913 nur dann bestellt werden, wenn ein Schutzbedürfnis vor-

liegt. Hieraus schließt Staudinger[6]), daß die Anordnung einer Pflegschaft dann nicht in Frage kommt, wenn bereits andere Personen zur Vertretung der Interessen vorhanden sind. Bei den Anwartschaften des Erbrechtes würde demnach eine Pflegschaft beim Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers unzulässig sein, auch eine Nachlaßpflegschaft aus § 1960 BGB würde eine Pflegschaft aus § 1912 im Falle des § 1923 Abs. 2 BGB ausschließen. Es muß aber demgegenüber festgestellt werden, daß durch die bloße Tatsache des Vorhandenseins eines Nachlaßpflegers oder Testamentsvollstreckers ein Schutzbedürfnis nicht für jeden Fall beseitigt wird. Auch schließt das Recht der unehelichen Mutter aus § 1716, eine einstweilige Verfügung für das uneheliche Kind zu erwirken, die Anordnung einer Pflegschaft gemäß § 1912 nicht aus, da auch andere Handlungen erforderlich werden können, als die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung[7]).

Es ist nun dadurch, daß einer noch nicht existierenden Person ein Vertreter gegeben ist, noch nicht die Möglichkeit geschaffen, Handlungen für sie vorzunehmen, wo das Gesetz die Zulässigkeit eines Handelns nicht ausdrücklich anerkannt hat. Vielmehr hat die Vertretung nur den Zweck, die Interessen der künftigen Person insoweit zu schützen, als die vom Gesetz zugelassenen Anwartschaften es erfordern. Wenn § 1912 von der „Wahrung ihrer künftigen Rechte" spricht, so ist eben damit die Wahrung der für den nasciturus zugelassenen Anwartschaften gemeint. Nur soweit reicht die gesetzliche Vertretungsmacht.

Der Vertreter ist nur zur Verwaltung der bestehenden Anwartschaftsrechte befugt, ihm ist nicht gestattet, neue Anwartschaften durch selbständige Verträge für die von ihm vertretene nicht existierende Person zu schaffen. Er kann daher nur solche Rechtsgeschäfte abschließen, die der Ausübung der Anwartschaft dienen. Er kann insbesondere die zu verwaltenden

---

[6]) Anm. 2b zu § 1912: „Ein Schutzbedürfnis fehlt, wenn in anderer Weise, z. B. durch Ernennung eines Nachlaßpflegers oder Testamentsvollstreckers, für die künftigen Rechte der Leibesfrucht gesorgt ist."

[7]) Mit Recht weist von Tuhr (Bd. 1 S. 193 Anm. 4) darauf hin, daß ohne einen Pfleger eine Vereinbarung mit dem Vater gemäß § 1714 BGB nicht getroffen werden könnte.

Vermögensstücke in andere Werte umsetzen durch Erwerb von Forderungsrechten und auch durch Erwerb von dinglichen Rechten, insbesondere von Hypotheken [8]). Alle Rechtsgeschäfte nun, die ein Pfleger im Rahmen dieser Vertretungsmacht abschließt, sind unter der Bedingung geschlossen, daß die vertretene Person zur Entstehung kommt. Wie § 2179 BGB für den Fall des Vermächtnisses ausdrücklich vorschreibt, daß die Vorschriften über die aufschiebende Bedingung zur Anwendung kommen sollen, so müssen diese Vorschriften für alle Anwartschaften der künftigen Person gelten. Es richtet sich die Wirksamkeit des abgeschlossenen Geschäftes also in diesen Fällen, obwohl es sich auch hier um die Vertretung einer nicht existierenden Person handelt, nicht nach dem in § 1 und § 3 Gesagten, vielmehr lediglich nach den Vorschriften über die Bedingung. Mit der Entstehung der vertretenen Person wird daher das Geschäft voll wirksam. Wird andererseits die natürliche Person nicht geboren, oder kommt die juristische Person nicht zur Entstehung, so ist das Geschäft wegen Ausfalls der Bedingung von vornherein nichtig.

Ebensowenig treten die oben dargelegten Rechtswirkungen des Handelns für eine nicht existierende Person ein, wenn für eine künftige Person ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird durch jemanden, der überhaupt nicht gesetzlicher Vertreter ist, d. h. wenn eine Anwartschaft für eine künftige Person geschaffen werden soll, wie sie gesetzlich nicht vorgesehen ist, z. B. jemand läßt eine Hypothek für seine künftigen Nachkommen eintragen. Ein solches Geschäft ist ebenfalls unter der aufschiebenden Bedingung, daß die künftige Person zur Entstehung kommt, abgeschlossen. Außerdem greifen aber die Vorschriften über die Vertretung ohne Vertretungsmacht Platz. Das Geschäft wird also erst wirksam, wenn die zur Entstehung gekommene Person das Geschäft genehmigt, es ist nichtig, wenn die Person nicht zur Entstehung kommt oder die zur Entstehung gekommene Person die Genehmigung verweigert. Es ist hier also die Wirksamkeit von einer doppelten Bedingung abhängig, nämlich

[8]) RG. 61 S. 355; 65 S. 277; OLG. 10 S. 72.

einmal von der Entstehung der vertretenen Person und zweitens von deren Genehmigung.

Die gleiche Rechtslage tritt ein, wenn zwar eine gesetzlich zugelassene Anwartschaft besteht, aber der gesetzliche Vertreter ein Rechtsgeschäft abschließt, das aus dem Rahmen seiner Vertretungsmacht herausfällt. Auch hier lastet auf dem Geschäft die doppelte Bedingung. Es entsteht eine „Anwartschaft auf die Befugnis, durch Genehmignng des Vertrages die Rechte zu erwerben [9])."

Für Rechtsgeschäfte, die für noch nicht entstandene juristische Personen im Hinblick auf ihr künftiges Entstehen abgeschlossen werden, gelten außerdem noch einige Besonderheiten. Wird für einen noch nicht rechtsfähigen Verein ein Geschäft getätigt, so befindet sich in der Regel die Wirksamkeit ebenfalls in der Schwebe, bis es nach Eintritt der Rechtsfähigkeit des Vereins vom Vorstand genehmigt wird oder nicht. Wird die Rechtsfähigkeit nicht erlangt, z. B. bei Ablehnung der Verleihung an einen wirtschaftlichen Verein, so würde das Geschäft wegen Ausfalls der Bedingung nichtig sein. Doch wird man in einem solchen Falle den Willen der Parteien dahin umdeuten können, daß das Geschäft als für den nicht rechtsfähigen Verein abgeschlossen gelten soll.

Für eine in der Entstehung begriffene Aktiengesellschaft können in gewissen Fällen Geschäfte mit sofortiger Wirksamkeit abgeschlossen werden, doch muß es sich um Geschäfte handeln, die zur Gründung der Gesellschaft notwendig sind. Solche im Rahmen des Gründungsvorganges liegenden Vertragsschlüsse mit Dritten sind nur möglich, wenn eine qualifizierte Gründung vorliegt. Diese kommt nicht nur dadurch zustande, daß Gesellschafter Sachwerte einbringen [10]), vielmehr können auch durch Verträge mit Dritten solche Werte übernommen werden. Diese Uebernahmeverträge sind kraft Gesetzes wirksam, ohne daß eine Genehmigung durch die ent-

[9]) von Tuhr Bd. 1 S. 194.

[10]) Abmachungen hierüber sind Bestandteil des Gesellschaftsvertrages (Staub A. 4 zu § 186 HGB.)

standene Gesellschaft erforderlich wäre [11]). Um diese aber zu schützen, ist Voraussetzung für die Gültigkeit solcher Verträge, daß eine entsprechende Festsetzung im Gesellschaftsvertrage erfolgt (§ 186, Abs. 2 HGB). Geschieht dies nicht, oder handelt es sich um Geschäfte, die überhaupt nicht mit der Gründung im Zusammenhang stehen, so bedarf es zu ihrer Wirksamkeit auch hier der Genehmigung durch die Aktiengesellschaft nach Eintritt ihrer Rechtsfähigkeit [12]).

[11]) Vgl. Staub A. 9 und 19 zu § 186 HGB.

[12]) S. auch von Tuhr Bd. 1 S. 194, a. M. Staub (A. 17, 18 zu § 186), der in der bloßen Genehmigung eine Umgehung des Gesetzes sieht. Es könne das infolge § 186 Abs. 2 nichtige Geschäft nur durch Nachholung der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag bestätigt (§ 141 BGB) werden.

II. Teil.

Die Wirkungen des zwischen dem Handelnden und dem Dritten entstandenen Rechtsverhältnisses.

A. Die Haftung des Handelnden im allgemeinen.

§ 6.

Die in Frage kommenden Haftungs-Tatbestände.

Nachdem wir die Rechtswirkungen des für eine nicht existierende Person abgeschlossenen Rechtsgeschäftes geprüft haben und zu dem Ergebnis gelangt sind, daß ein solches Rechtsgeschäft regelmäßig nichtig ist, wird es nunmehr unsere Aufgabe sein zu untersuchen, welche Rechtswirkungen dem durch den Geschäftsabschluß zwischen dem Vertreter und dem Dritten entstandenen Rechtsverhältnis entspringen. Dem Dritten muß daran gelegen sein, für die Nichtigkeit des von ihm abgeschlossenen Geschäftes, die nicht auf seinem Verschulden beruht, entschädigt zu werden. Es muß zu seinem Schutz eine Haftung des Vertreters ihm gegenüber eintreten. Fraglich ist nur, welche gesetzlichen Bestimmungen man einer solchen Haftung zugrunde legen will.

Es ist versucht worden, in Analogie an § 307 BGB eine Haftung wegen Unmöglichkeit der Leistung zu konstruieren [1]). Man hat weiter die Haftung auf die gesetzlichen Bestimmungen über unerlaubte Handlung gegründet [2]) und insbesondere die §§ 823 und 826 BGB als Grundlage angeführt. Wenn wir in Betracht ziehen, daß wir als Grund der Nichtigkeit des für eine nicht existierende Person abgeschlossenen Geschäftes den Mangel der Vertretungsmacht angeführt haben, so entsteht

---

[1]) So Enneccerus § 170 Anm. 1, der daneben auch die Haftung aus § 823 Abs. 2, § 826 BGB bestehen läßt.

[2]) So Staudinger Anm. 3a zu § 179; Hupka a. a. O. S. 174; vgl. auch die Reichsgerichtsentscheidung vom 30. 4. 09 im „Recht" 1909 Nr. 1841 und RG. 106 S. 70.

weiter die Frage, ob nicht auch auf die Haftung die gesetzlichen Bestimmungen über die Vertretung ohne Vertretungsmacht, insbesondere § 179 BGB, Anwendung finden können.

Es handelt sich hier um eine Frage, die in der Literatur und auch in der Rechtsprechung kurz behandelt worden ist. In der Wissenschaft hat man sich für und auch gegen die Anwendbarkeit des § 179 ausgesprochen [3]). Das Reichsgericht nahm in einer Entscheidung vom 30. 4. 09 [4]) zu der Streitfrage dahin Stellung, daß § 179 grundsätzlich nicht anzuwenden sei, daß nur „unter den besonderen Umständen des Falles" auf Grund des Verkehrsinteresses eine analoge Anwendung zulässig sein könnte [5]). An dieser Stellungnahme hat das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 16. 12. 1922 grundsätzlich festgehalten.

Bevor an die Frage herangetreten wird, welche der angeführten Bestimmungen — § 307, §§ 823, 826 und § 179 — auf den Fall des Handelns für eine nicht existierende Person Anwendung finden können, seien zunächst die in diesen Bestimmungen niedergelegten Haftungstatbestände untersucht und miteinander verglichen. Es wird bei dieser Untersuchung einmal darauf ankommen, worauf sich die Haftung in den einzelnen Fällen gründet, ob sie Verschulden voraussetzt oder nicht, es wird weiter wesentlich sein, worauf sie gerichtet ist, d. h. in welcher Weise der Schade ersetzt wird. Schließlich wird auch die Verjährung der Haftung eine Rolle spielen.

§ 307 BGB bestimmt, daß derjenige, der „bei der Schließung eines Vertrages, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen

---

[3]) Dagegen wendet sich vor allem Hupka a. a. O. S. 170 und 174 ff., ebenso Staudinger 7./8. Aufl. Anm. 3a zu § 179, während der Kom. d. RGR (Anm. 1 Abs. 2 zu § 179) und Planck (Anm. 6c zu § 179) sich für die Anwendung, letzterer für „mindestens entsprechende Anwendung", aussprechen. In der 9. Aufl. spricht sich auch Staudinger für analoge Anwendung aus.

[4]) „Recht" 1909 Nr. 1841.

[5]) Aehnlich Enneccerus § 170 Anm. 1. Gegen die Anwendbarkeit die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Celle in Seuff Arch. 1909 S. 218, dafür die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Braunschweig in OLG 42 S. 268.

muß", zum Schadenersatz verpflichtet ist. Die Haftung gründet sich also auf Verschulden des Abschließenden. Dieses Verschulden kann Vorsatz und jede Fahrlässigkeit sein und liegt in dem Abschlusse des Geschäftes selbst, ist also eine sogn. culpa in contrahendo.

Als solche Haftung aus einer culpa in contrahendo geht sie [6]) nur auf Ersatz des negativen Interesses. § 307 sagt, daß nur der Schade ersetzt wird, „den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut." Regelmäßig ist das negative Interesse niedriger als das positive, es kann aber auch umgekehrt sein, was namentlich dann der Fall ist, wenn dem Gegner dadurch, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraute, ein Geschäft entgangen ist, das ihm mehr Gewinn gebracht hätte, als der abgeschlossene Vertrag ihn bringen sollte. Es geht aber nicht an, daß dem Gegner durch Schadenersatz mehr gewährt wird, als er durch das Geschäft im Falle der Wirksamkeit erhalten hätte. Daher bestimmt die Vorschrift, daß eine Haftung über den Betrag des positiven Interesses hinaus nicht erfolgen darf, d. h. „nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrages hat."

Da der § 307 eine Schutzvorschrift für den gutgläubigen Vertragsgegner darstellt, entfällt die Haftung, wenn dieser die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß (§ 307 Abs. 1 Satz 2).

Für den Vergleich mit den Haftungstatbeständen des § 823 und des § 179 BGB ist es wesentlich, daß sich die Haftung aus § 307 auf Verschulden gründet und sich nur auf Ersatz des negativen Interesses richtet. Angewandt auf unseren Fall des Handelns für eine nicht existierende Person würde eine solche Haftung für den Dritten nur einen geringen Schutz bedeuten. Freilich wird sehr oft — bei der Vertretung einer nicht existierenden natürlichen Person wohl meistens — der Fall so liegen, daß der Vertreter weiß oder wenigstens wissen muß, daß er für ein nicht existierendes Rechtssubjekt handelt,

[6]) Iherings Lehre von der culpa in contrahendo entsprechend.

denkbar ist der Fall aber immerhin, daß sein Nichtwissen auf einem entschuldbaren Irrtum beruht. In diesem Falle würde die Haftung aus § 307 versagen. Außerdem wird dem Dritten daran gelegen sein, gerade das positive Vertragsinteresse ersetzt zu erhalten.

Zu einem Ersatz des positiven Interesses würde man auch bei Anwendung der §§ 823, 826 nicht gelangen. Wer eine unerlaubte Handlung begeht, hat nach diesen Bestimmungen den Schaden zu ersetzen, der durch sie entstanden ist. Art und Umfang des Schadenersatzes bestimmt sich nach den §§ 249 ff. BGB. Es ist danach der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die unerlaubte Handlung nicht vorgenommen worden wäre. Würde in einem Fall des Handelns für eine nicht existierende Person § 823 oder § 826 zur Anwendung kommen, so würde die unerlaubte Handlung hier in der falschen Behauptung, daß der Vertretene existiere, zu erblicken sein. Wäre diese Behauptung nicht ausgesprochen, so wäre es zum Abschluß des Vertrages überhaupt nicht gekommen. Es müßte demnach der Zustand hergestellt werden, wie er vor Abschluß des Vertrages bestand, d. h. das negative Interesse ersetzt werden. Es kann hier aber abweichend von der Regelung des § 307 der Ersatz des negativen Interesses über den Betrag des positiven hinaus verlangt werden [7]).

Der zu ersetzende Schaden umfaßt sowohl das damnum emergens, den Verlust, den der Beschädigte durch die unerlaubte Handlung erleidet, als auch das lucrum cessans, den durch sie entgangenen Gewinn (§ 252 BGB). Der Dritte kann also nicht nur die Kosten erstattet verlangen, die ihm, weil er dem Vertreter vertraute, z. B. durch den Vertragsabschluß selbst oder durch Aufwendungen zur Erfüllung des Vertrages entstanden sind, er kann auch Ersatz des Gewinns fordern, den er bei Nichtabschluß des Vertrages erlangt hätte. Hat die unerlaubte Handlung dem Geschädigten nicht nur einen Schaden, sondern zugleich auch einen Vorteil gebracht, so muß er sich diesen auf die Entschädigung anrechnen lassen.

---

[7]) Vgl. Hupka a. a. O. S. 230.

Wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat, so bestimmt § 254 BGB, daß dann die Verpflichtung zum Ersatz sowie dessen Umfang von den Umständen abhängen sollen. Es kann also bei Mitverschulden die Ersatzpflicht ganz fortfallen, ist dieses weniger schwer, tritt je nach den Umständen eine Minderung ein. Bei Zusammentreffen von Vorsatz des Schädigenden und Fahrlässigkeit des Verletzten wird die Fahrlässigkeit regelmäßig außer acht zu lassen sein. Es unterscheidet sich also die Haftung des § 254 in der Strenge nicht unwesentlich von derjenigen auf Grund der oben behandelten Bestimmung des § 307 Abs. 1 Satz 2, nach der die Ersatzpflicht niemals eintritt, wenn der Gegner die Unmöglichkeit auch nur kennen muß.

Der Geschädigte hat aber bei Anwendung der Bestimmungen der §§ 823, 826 den Nachteil, daß die Haftung aus unerlaubter Handlung nicht wie die aus § 307 den allgemeinen Verjährungsbestimmungen unterliegt, sondern daß für sie eine sehr kurze Verjährungsfrist festgesetzt ist. Nach § 852 BGB verjährt der Anspruch aus unerlaubter Handlung in 3 Jahren vom Zeitpunkte der Kenntnis an.

Außerdem leidet die Haftung, wenn man sie dem Fall des Handelns für eine nicht existierende Person zugrunde legen will, an demselben Mangel wie die Haftung aus § 307, daß sie nämlich nur dann eintritt, wenn ein Verschulden vorliegt. Nach § 823 wird bei Vorsatz und Fahrlässigkeit gehaftet, und im Falle des § 826 gibt es sogar nur eine Haftung wegen Vorsatzes. Bei Zugrundelegung der Haftung aus unerlaubter Handlung wie auch der aus § 307 ist dem Dritten nicht in dem Maße Schutz gewährt, wie es bei einer Anwendung der Vorschriften des § 179 BGB über die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht der Fall sein würde.

Nach § 179 tritt die Haftung ohne Rücksicht auf Verschulden des Vertreters ein, dieser haftet auch dann, wenn er den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht kannte und auch nicht zu kennen brauchte. Die Haftung richtet sich hier nicht nur auf den Ersatz des positiven Interesses, sondern wahlweise auch auf Erfüllung, mindert sich allerdings, wenn der Ver-

treter den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte. Außerdem unterliegt der Anspruch aus § 179 den allgemeinen Verjährungsbestimmungen, er verjährt also erst nach Ablauf von 30 Jahren.

Die Vorschrift des § 179 Abs. 1 geht davon aus, daß der Handelnde den Mangel seiner Vertretungsmacht gekannt hat und läßt ihn in diesem Falle nach der Wahl des Dritten auf Erfüllung oder Schadenersatz haften. Erfüllung und Schadenersatz stehen gleichwertig nebeneinander, es ist nicht etwa, wie früher [8]) behauptet worden ist, der Schadenersatz das Ursprüngliche und die Erfüllung nur ein Ersatz desselben.

Nach herrschender Ansicht liegt eine Alternativobligation vor [9]). Es finden demnach die §§ 262—265 BGB Anwendung. Nach § 262 steht im Zweifel, d. h., wenn nichts anderes bestimmt ist, das Wahlrecht dem Schuldner zu. Durch § 179 ist es aber ausdrücklich dem Dritten, also dem Gläubiger, zugesprochen. Nach § 264 Abs. 2 kann dieser das Wahlrecht verlieren, wenn er in Verzug kommt und die Wahl nicht innerhalb der ihm vom Schuldner gesetzten angemessenen Frist annimmt. Das Wahlrecht geht dann auf diesen, also den Vertreter, über.

Inhalt der Erfüllung ist die im Namen des Vertretenen versprochene Leistung. Der Dritte soll so gestellt werden, wie es bei Gültigkeit des Rechtsgeschäftes der Fall gewesen wäre. Es ist daher andererseits der Vertreter, wenn der Dritte Erfüllung verlangt, berechtigt, die Gegenleistung zu fordern und alle Einreden geltend zu machen, die der Vertretene hätte geltend machen können. Doch ist der Vertreter nicht etwa als Ersatzmann des Vertretenen Partei des von ihm abgeschlossenen Geschäftes geworden, denn dieses bleibt nach wie vor ohne Wirkung. Der Vertreter und der Dritte sind vielmehr Parteien eines anderen „gesetzlichen, einem bestimmten Geschäftsverhältnis inhaltlich nachgebildeten Schuldverhältnisses“ [10]).

---

[8]) Z. B. Laband a. a. O. S. 237.

[9]) Vgl. z. B. Staudinger A 4 zu § 179, Enneccerus Bd. I, 1 § 170 I, 2. Planck (Anm. 4c zu § 179) meint zwar, daß man nicht zweifellos ein alternatives Schuldverhältnis darin zu sehen brauchte, stimmt aber doch der herrschenden Ansicht zu.

[10]) Hupka a. a. O. S. 224 Anm. 2.

Statt der Erfüllung kann der Dritte Schadenersatz verlangen, und zwar ist hier unter Schadenersatz, wie aus dem Gegensatz zu § 179 Abs. 2 hervorgeht, der Ersatz des positiven Interesses zu verstehen [11]). Der Ersatz des positiven Geschäftsinteresses ist in den §§ 249 ff. BGB geregelt, sodaß diese Bestimmungen auch hier Anwendung finden.

§ 249 sagt: „Wer zum Schadenersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre." Der zum Ersatz verpflichtende Umstand ist der Mangel der Vertretungsmacht des Handelnden, der herzustellende Zustand daher die Wirksamkeit des abgeschlossenen Geschäftes. Im Falle der Anwendung des § 249 hätte also der Dritte dasselbe wie bei der Erfüllung zu verlangen, nämlich Erbringung der bedungenen Leistung. Aus der Gegenüberstellung von Erfüllung und Schadenserſatz im § 179 Absatz 1 ist zu schließen, daß bei der Wahl des Schadenersatzes nicht wieder Erfüllung verlangt werden kann, vielmehr ist mit der heute herrschenden Meinung [12]) anzunehmen, daß als Schadenersatz nur eine Geldleistung in Frage kommen kann.

Der Umfang des Schadens ist auch hier nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen. Er umfaßt den Verlust, der infolge der Unwirksamkeit des Geschäftes eingetreten ist, und auch den dadurch entgangenen Gewinn. Außerdem findet auch hier compensatio lucri cum damno statt, d. h. der Dritte muß sich anrechnen lassen, was er aus einem anstelle des vereitelten Geschäftes abgeschlossenen anderen Geschäfte erworben hat.

Die grundsätzliche Haftung auf Erfüllung oder Schadenserſatz erfährt nach § 179 Abs. 2 eine Einschränkung, wenn der Vertreter den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht gekannt hat. Die Vorschrift läßt dem gutgläubigen Vertreter insofern Schutz angedeihen, als sie dann die Haftung auf Ersatz des negativen Interesses beschränkt, und wie in § 307 ist auch hier

---

[11]) Vgl. Motive 1 S. 244.

[12]) Vgl. Hupka a. a. O. S. 231, Enneccerus Bd. I, § 170, Anm. 13, Staub Anm. 133 zu § 58 HGB, Planck Anm. 4 b zu § 179.

bestimmt, daß eine Haftung über den Betrag des positiven Interesses hinaus nicht erfolgen darf.

Da der § 179 eine Schutzvorschrift für den gutgläubigen Dritten darstellt, entfällt die Haftung ganz, wenn der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte. Trifft also Kenntnis des Handelnden mit fahrlässiger Unkenntnis des Dritten zusammen, so erlischt hier die Haftung, während sie bei Anwendung der Bestimmungen über unerlaubte Handlung auch in diesem Falle eintreten würde. Die Haftung ist auch dann nicht gegeben, wenn ein minderjähriger Vertreter eine Handlung ohne Vertretungsmacht vornimmt, es sei denn, daß er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat. (§ 179 Abs. 3).

Der Vergleich der für die Anwendung auf den Fall des Handelns für eine nicht existierende Person in Frage kommenden Haftungstatbestände des § 307, der §§ 823, 826 und des § 179 zeigt, daß vom Standpunkte des Dritten aus der Anwendung des § 179 der Vorzug zu geben ist.

Es wird nunmehr die Frage geprüft werden müssen, ob die genannten Bestimmungen auf den Fall des Handelns für eine nicht existierende Person angewandt werden können. Was die Anwendung des § 307 anbelangt, so ist bereits früher [13]) Enneccerus' Standpunkt abgelehnt worden, die Nichtigkeit des für eine nicht existierende Person abgeschlossenen Rechtsgeschäftes müsse deshalb eintreten, weil es auf eine unmögliche Leistung gerichtet sei. Wir haben dort gesagt, daß sich ein solches Rechtsgeschäft nicht auf eine unmögliche Leistung richte, daß die Leistung vielmehr objektiv möglich sei und nur nicht von dem Verpflichteten erbracht werden könne, weil ihm die Rechtsfähigkeit fehle. Wenn aber Enneccerus' Konstruktion der Nichtigkeit abzulehnen ist, so kann ihm ebensowenig gefolgt werden, wenn er „nach Analogie des § 307 den Vertreter zur Leistung des negativen Interesses verpflichten" will [14]), denn § 307 gilt nur dann, wenn es sich um die Schließung

[13]) Oben § 2.
[14]) Anm. 1 zu § 170.

eines Vertrages handelt, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist. Diese Unmöglichkeit der Leistung ist ein rechtlich bedeutsamer Bestandteil des in § 307 niedergelegten Haftungstatbestandes, und da eine solche Unmöglichkeit beim Handeln für eine nicht existierende Person nicht vorliegt, ist selbst eine analoge Anwendung ausgeschlossen. Sie wäre nur bei Abweichungen in den juristisch irrelevanten Stücken möglich.

Der Ansicht, daß der für eine nicht existierende Person Handelnde wegen unerlaubter Handlung auf Schadensersatz haftbar gemacht werden kann, ist beizutreten. Natürlich ist aber nicht immer durch das Handeln für eine nicht existierende Person der Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt. Der dem Dritten entstandene Schade wird meist in einer reinen Vermögensverletzung bestehen, und eine solche kann nur dann eine unerlaubte Handlung darstellen, wenn durch sie zugleich die Verletzung eines den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetzes bewirkt ist (§ 823 Abs. 2), oder wenn sie gegen die guten Sitten verstößt (§ 826). Ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz wird dann vorliegen, wenn jemand einen anderen unter Erregung eines Irrtums über die Existenz des Vertretenen zum Abschluß eines Geschäftes bewegt (Vergehen gegen § 263 StGB), doch ist hier betrügerische Absicht erforderlich. Bei solcher Irrtumserregung wird in dem Handeln für eine nicht existierende Person in den meisten Fällen auch ein Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken sein, der allerdings nur vorsätzlich ausgeführt eine Haftung bedingt.

Es zeigt sich, daß nur in den wenigsten Fällen des Handelns für eine nicht existierende Person eine Haftung aus unerlaubter Handlung Platz greifen wird. Im folgenden gilt es zu prüfen, ob die Bestimmungen des § 179 — sei es unmittelbar, sei es analog — Anwendung finden können

§ 7.

Prinzip und Voraussetzungen der Haftung nach § 179 BGB.

Um zu der Frage, ob § 179 auch im Falle des Handelns für eine nicht existierende Person anwendbar ist oder nicht,

Stellung nehmen zu können, ist es notwendig, zunächst das Prinzip und die Voraussetzungen der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht nach § 179 zu prüfen. Nur wenn das Prinzip der Haftung aus § 179 auch als Prinzip der Haftung desjenigen, der für eine nicht existierende Person handelt' anzuerkennen ist, und nur, wenn der Haftung für diesen Fall dieselben Tatbestände zugrunde gelegt werden können, wie sie § 179 als Voraussetzungen für die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht fordert, kann von einer direkten Anwendung des § 179 die Rede sein. Wird die Untersuchung ergeben, daß eine direkte Anwendung nicht möglich ist, so wird die Zulässigkeit einer analogen Anwendung geprüft werden müssen.

Im gemeinen Recht war die Frage nach dem Prinzip der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht sehr bestritten. Savigny[1]) wollte die Haftung auf deliktisches Handeln gründen, Ihering[2]) wandte auf den Fall der Vertretung ohne Vertretungsmacht seine Lehre von der culpa in contrahendo an, während Windscheid[3]) zur Begründung der Haftung neben dem Hauptvertrag einen stillschweigenden Garantievertrag annahm. Gierke[4]) und Regelsberger[5]) schließlich legten der Haftung das deutschrechtliche Prinzip der Schadensverursachung zugrunde.

Nachdem mit der Aufstellung eines festen Begriffes der Haftung durch das BGB die meisten der gemeinrechtlichen Theorien unmöglich geworden waren, versuchte Isay[6]) für das heutige Recht eine neue Theorie aufzustellen, indem er auf den germanischen Rechtsgedanken von Schuld und Haftung zurückgriff und den Vertreter ohne Vertretungsmacht nur haften, aber nicht schulden lassen wollte.

---

[1]) A. a. O. S. 59, 71 ff.

[2]) A. a. O. S. 154, vgl. auch Laband a. a. O., S. 234 ff. der aber das positive Interesse ersetzen will.

[3]) § 74 Anm. 7 a, zur Bedeutung dieser Theorie für die Rechtsprechung und die Vorarbeiten zum BGB vgl. RG 35 S. 145 ff. und Motive 1 S. 244.

[4]) A. a. O. S. 300 ff. Anm. 81, 82.

[5]) Pandekten 1 S. 600.

[6]) A. a. O. S. 255.

Das Richtige trifft die Ansicht, wie sie Behrend [7]) auf dem Boden des alten Handelsgesetzbuches darlegte, die Haftung des falsus procurator habe ihren Grund in der „tatsächlichen Unrichtigkeit des Vorgebens, Vertreter zu sein". Für das heutige Recht hat Hölder denselben Gedanken ausgesprochen: „Ersatzpflichtig ist im Falle des Mangels der Vertretungsmacht der Vertreter dem anderen Teile deshalb, weil er sich diesem als ein derselben teilhaftiger zu erkennen gegeben hat [8])."

Diese Begründung beruht auf dem im BGB herrschenden Prinzip, daß die Wirkungen eines jeden Rechtsgeschäftes nach allgemeiner Billigkeit und einer die beiderseitigen Interessen ausgleichenden Gerechtigkeit zu bemessen sind, wie Treu und Glauben es zur Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit erfordern [9]). Ein Ausfluß dieses Prinzips ist der Schutz des guten Glaubens, weil dieser allein die Grundlage für einen gesicherten Geschäftsverkehr bilden kann [10]).

Je mehr sich das Privatrecht dem Wunsche nach Erleichterung und Beschleunigung des Verkehrs folgend in der Richtung fortentwickelte, daß die schwerfälligen Formen gemildert oder gänzlich abgestreift wurden und demgegenüber der Wille in den Vordergrund trat, um so größer wurde die Schutzbedürftigkeit des guten Glaubens. So kam man dazu, überall dort, wo es einen gutgläubigen Dritten zu schützen galt, die dem Dritten unbekannten oder unerkennbaren inneren Vorgänge auszuschalten und äußere Tatbestände beizubehalten oder neu zu schaffen [11]), auf die sich das Vertrauen des Dritten stützen konnte, auch wenn der äußeren Form ein entsprechender Wille nicht zugrunde lag. Und so hat man auch hinsichtlich des Verhältnisses von Wille und Erklärung dort, wo die Verkehrssicherheit den Schutz des guten Glaubens forderte, diesem

---

[7]) A. a. O. S. 357.

[8]) Anm. 1 zu § 179.

[9]) Vgl. von Tuhr Bd. II S. 545 ff.

[10]) Vgl. RG 106 S. 73.

[11]) Solche Tatbestände, wie z. B. Besitz, Grundbucheintragung, Urkunde sind von Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände, in dieser Hinsicht näher behandelt.

gegenüber eine Haftung aus der Erklärung hergeleitet und insoweit einen anders gerichteten Willen ausgeschaltet (vgl. z. B. § 122 BGB).

Es hat sich der Grundsatz herausgebildet, daß jeder für das, was er erklärt, voll und ganz einzustehen hat. Es ist damit eine Haftung geschaffen worden, die den Boden des sonst im BGB herrschenden Verschuldenprinzips verläßt. Erst dann, wenn ein Verschulden nicht vorliegt, wenn z. B. ein vollmachtloser Vertreter selbst an das Bestehen seiner Vertretungsmacht glaubt, erst dann erlangt unser Grundsatz seine volle Bedeutung. Dann führt eine Abwägung der gegenseitigen Interessen dazu, den vollmachtlosen Vertreter trotz seines guten Glaubens für seine Erklärung, Vertretungsmacht zu besitzen, einstehen zu lassen. Es mag das zuweilen zu Härten führen, doch sind solche Härten niemals zu vermeiden, wenn es gilt, einander widersprechende Interessen auszugleichen. Sie müssen eben im Interesse der Verkehrssicherheit ertragen werden.

Dieser Gedanke der „Behauptung als Verpflichtungsgrund[12])" spielt außer im § 179 und in dem schon angeführten Falle des § 122 auch u. a. bei der Gewährleistungspflicht des Verkäufers und des Vermieters eine Rolle. Er ist dahin zu formulieren, „daß, wer einen anderen durch das Vorgeben von Tatsachen, von denen die Wirksamkeit oder die gehörige Erfüllung eines Rechtsgeschäftes abhängt, zum Abschlusse dieses Geschäftes bestimmt, für die Wahrheit oder doch zum mindesten für die Unschädlichkeit seines Vorgebens einstehen muß [13])". Dieser Rechtsgedanke ist heute allgemein als Prinzip der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht anerkannt. Der Handelnde haftet für die Wahrheit seiner Behauptung, Vertreter zu sein [14]).

Es ist nicht notwendig, daß er ausdrücklich erklärt haben muß, daß er Vertretungsmacht habe. Es genügt die stillschweigende Behauptung, und nach herrschender Verkehrsauffassung ist immer „in der Erklärung, den Vertrag im Namen

---

[12]) Vgl. Hupka a. a. O. S. 93 Anm. 1.

[13]) Vgl. Hupka a. a. O. S. 93.

[14]) Vgl. Staudinger Anm. 2 zu § 179; Staub Anm. 11 zu Art. 95 WO.

eines anderen zu schließen, in Ermangelung besonderer Umstände die Behauptung zu finden, daß der Handelnde Vertretungsmacht habe [15])".

Wenn wir zu den Voraussetzungen der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht übergehen, so ergeben sich zunächst aus dem soeben entwickelten Prinzip der Haftung als Voraussetzungen einerseits die Behauptung des Vertreters, Vertretungsmacht zu besitzen, die regelmäßig vorliegt, andererseits der gute Glaube des Dritten, der auf dieser Behauptung beruht.

Daneben ergeben sich aus § 179 als Voraussetzungen der Haftung: Mangel der Vertretungsmacht, Nichtigkeit des Geschäftes und Kausalzusammenhang zwischen beiden.

Der Mangel der Vertretungsmacht muß zur Zeit des Vertragsschlusses bestehen. Ob die Vertretungsmacht überhaupt nicht erteilt oder nicht rechtsgültig erteilt oder bereits wieder erloschen war, ist gleichgültig, ebenso, ob die Vertretungsmacht ganz fehlte oder nur überschritten wurde. Daraus aber, daß der Wortlaut des § 179 die Haftung dann eintreten läßt, wenn der Vertretene die Genehmigung verweigert, ergibt sich, daß ein solcher Mangel in der Vertretungsmacht vorausgesetzt ist, der durch Genehmigung geheilt werden kann.

Der Gesetzestext fordert, daß die Vertretungsmacht nachgewiesen werden soll. Daraus könnte man den Schluß ziehen, daß als Voraussetzung der Haftung die Unnachweisbarkeit der Vertretungsmacht anzusehen wäre. Es ist das aber nicht der Fall. Aus den Vorarbeiten zum BGB [16]) geht deutlich hervor, daß das Gesetz diese Fassung nur zur Regelung der Beweislast erhalten hat.

Als weitere Voraussetzung haben wir die Nichtigkeit des abgeschlossenen Geschäftes genannt. Da die Haftung nur eintritt, um den Dritten vor Schaden zu bewahren, kann sie nur dann gegeben sein, wenn der Vertrag auch wirklich nichtig ist. Treten die beabsichtigten Wirkungen trotz des Mangels in der

---

[15]) Planck Anm. 1a zu § 179, vgl. auch Motive 1 S. 244.

[16]) Protokolle 2. Lesung S. 161 ff.

Vertretungsmacht ein, so liegt keine Schädigung, mithin auch kein Grund zur Haftung vor. Da § 179 einen Mangel voraussetzt, der durch Genehmigung seitens des Vertretenen heilbar ist, wird der Vertretungsakt wirksam, wenn diese Genehmigung erfolgt, und damit ist auch der Haftung die Grundlage genommen.

Dritte Voraussetzung ist der Kausalzusammenhang zwischen dem Mangel der Vertretungsmacht und der Unwirksamkeit der Vertretungshandlung. Eine Haftung kann nur dann gegeben sein, wenn das abgeschlossene Geschäft wegen des Mangels in der Vertretungsmacht nichtig ist. Ist die Nichtigkeit des Geschäftes durch andere Umstände hervorgerufen worden, so ist selbstverständlich kein Raum für die Haftung. So ist insbesondere eine solche ausgeschlossen, wenn der Dritte sein ihm nach § 178 gegebenes Widerrufsrecht ausübt, bevor der Vertretene die Genehmigung verweigert, oder wenn das Geschäft wegen Formmangels von vornherein nichtig ist.

Wie bereits gesagt ist, kommt eine direkte Anwendbarkeit des § 179 auf die Haftung desjenigen, der für eine nicht existierende Person handelt, nur dann in Frage, wenn die soeben angeführten Voraussetzungstatbestände — Mangel der Vertretungsmacht, Nichtigkeit des Geschäftes und Kausalzusammenhang zwischen ihnen — auch beim Handeln für eine nicht existierende Person vorliegen und auch hier als Voraussetzung einer Haftung dienen können. Es gilt daher im folgenden, das Handeln für eine nicht existierende Person auf das Vorliegen dieser Tatbestände hin zu prüfen.

§ 8.

Die Anwendbarkeit des § 179 BGB.

Staudinger sagt noch in der 7./8. Aufl. seines Kommentars [1]): „Kontrahiert jemand im Namen einer nicht existierenden Person als einer gegenwärtig existierenden, so ist das Geschäft wegen Mangels des Subjektes nichtig. Die Haftung des Handelnden bemißt sich in diesem Falle wohl nicht nach § 179, sondern nach den §§ 823 ff." Er begründet hier die Nichtanwendbarkeit des § 179 ebenso wie das Reichsgericht in seiner

[1]) Anm. 3a zu § 179.

Entscheidung vom 16. Dezember 1922 [2]). Auf dem Urteil vom 30. 4. 1903 [3]) fußend, lehnt es die Anwendung des § 179 grundsätzlich ab, weil der Vertrag schon aus einem anderen Grunde als wegen Mangels der Vertretungsmacht, nämlich wegen Mangels der Rechtsfähigkeit des Vertretenen, unverbindlich sein würde.

Staudinger wie auch das Reichsgericht stellen offenbar ihre Begründung darauf ab, daß beim Handeln für eine nicht existierende Person der Kausalzusammenhang zwischen der Nichtigkeit des Geschäftes und dem Mangel der Vertretungsmacht fehle. Das Reichsgericht beruft sich in seiner Entscheidung auf Hupka, der ausdrücklich den Kausalzusammenhang leugnet und gerade deswegen die Anwendung des § 179 ablehnen will [4]). Es hat dieser Einwand des mangelnden Kausalzusammenhanges von denjenigen, welche die Anwendung des § 179 befürworten, nirgends Beachtung gefunden [5]).

Der Kommentar der Reichsgerichtsräte sucht die oben angeführte Begründung Staudingers dadurch zu entkräften, daß er sagt, der „Grund, daß der namens einer nicht vorhandenen Person abgeschlossene Vertrag nichtig sei, sei hier um deswillen außer Tragweite, weil § 179 den falsus procurator überhaupt nicht aus dem Vertrage haften lasse, (ebensowenig wegen Verschuldens), sondern auf Grund der von ihm durch Vorspiegelung der Vertretungsmacht übernommenen Gewährspflicht" [6]).

Diese Widerlegung geht von der falschen Voraussetzung aus, Staudinger wolle § 179 deshalb nicht anwenden, weil

---

[2]) RG 106 S. 70.

[3]) „Recht" 1909 Nr. 1841.

[4]) A. a. O. S. 170.

[5]) Die mir vorliegenden Dissertationen über die Haftung des vollmachtlosen Vertreters haben sich, soweit sie auf das Handeln für eine nicht existierende Person eingegangen sind, durchweg der Ansicht von Hupka angeschlossen. Nur Panthen, der ebenfalls ausdrücklich den Kausalzusammenhang als Haftungsvoraussetzung aufstellt (S. 39), hält an anderer Stelle (S. 36) gegen Staudingers Ansicht § 179 auf unsern Fall für anwendbar, ohne aber auf Hupkas Einwand, daß hier der Kausalzusammenhang fehle, einzugehen.

[6]) Anm. 1 Abs. 2 zu § 179.

mit der Nichtigkeit des Vertrages der Rechtsgrund der Haftung fortgefallen sei. Das auszusprechen ist aber garnicht Staudingers Absicht, denn daß der Grund der Haftung nicht im Vertrage, auch nicht im Verschulden liegt, sondern in der übernommenen Gewährspflicht, spricht Staudinger selbst aus, wenn er den Vertreter für die Behauptung, Vertreter zu sein, haften läßt [7]).

Auch Meyer und Strucksberg [8]) lassen in ihren Besprechungen der Reichsgerichtsentscheidung vom 30. 4. 1909, in denen sie beide für eine analoge Anwendung des § 179 eintreten, den Einwand, daß der Vertrag schon aus einem anderen Grunde als wegen Mangels der Rechtsfähigkeit des Vertretenen, nichtig sei, außer Acht und stellen ihre Begründung nur auf das Prinzip der Haftung ab. Wer aber die Anwendbarkeit des § 179 befürworten will, darf diesen Einwand nicht übersehen, der, wenn er richtig wäre, eine Anwendung wegen Fehlens einer Haftungsvoraussetzung schlechterdings unmöglich machen würde.

Hupka begründet die Nichtanwendbarkeit des § 179, indem er sagt [9]): „Konkurriert mit dem Vollmachtsmangel von vornherein ein anderer Umstand, der die Wirkung des Geschäftes selbständig hindert, also auch beim Bestande der Vollmacht gehindert haben würde, so ist der Kausalzusammmenhang zwischen dem Mangel der Vertretungsmacht und der Unwirksamkeit des Vertretungsaktes unterbrochen und damit die ausschließlich auf jenem Mangel basierende Haftung des Vertreters abgeschnitten." Die Haftung sei daher ausgeschlossen, wenn die Vertretung schon wegen eines dem Geschäfte selbst anhaftenden Mangels kraftlos sei, und ein solcher Mangel sei vor allen Dingen die Nichtexistenz der vertretenen Person.

Es ist natürlich richtig, daß der Kausalzusammenhang dann unterbrochen ist, wenn schon von vornherein, d. h. bevor die Wirkungen der mangelnden Vertretungsmacht hätten eintreten können, ein anderer Umstand die Wirksamkeit des Geschäftes selbständig gehindert hat; denn allgemein kann gesagt

---

[7]) Anm. 2 zu § 179.

[8]) Meyer a. a. O. S. 695; Strucksberg a. a. O. S. 378.

[9]) A. a. O. S. 170.

werden, daß ein Kausalzusammenhang dann nicht besteht, wenn der betreffende Umstand den Erfolg zwar herbeigeführt hätte, wenn aber ein anderer vom ersten unabhängiger Umstand denselben Erfolg herbeiführt, bevor der erste überhaupt seine Wirkungen entfalten konnte [10]). Als solche Umstände, die geeignet sind, den Kausalzusammenhang zu unterbrechen, kann man z. B. Geschäftsunfähigkeit oder Formmangel anführen. Es geht aber nicht an, diesen Umständen die Nichtexistenz des Vertretenen gleichzusetzen.

Hupka sagt selbst, daß nur ein solcher Umstand den Kausalzusammenhang unterbricht, der die Wirksamkeit des Geschäftes „selbständig hindert, also auch beim Bestande der Vollmacht gehindert haben würde", d. h. mit anderen Worten: ein Umstand, der vom Mangel der Vertretungsmacht unabhängig ist. Ein solcher Mangel ist wohl Formmangel, Mangel im Inhalt, aber nicht mangelnde Rechtsfähigkeit des Vertretenen, denn der Mangel der Vertretungsmacht liegt ja in unserem Falle gerade darin, daß die vertretene Person nicht existiert.

Wir haben bereits früher [11]) festgestellt, daß im Falle des Handelns für eine nicht existierende Person ein Mangel in der Vertretungsmacht vorliegt, da niemand vorhanden ist, der eine Vollmacht erteilen konnte, und wir haben weiter aus § 177 gefolgert, daß ein abgeschlossenes Geschäft wegen des Fehlens der Vertretungsmacht von vornherein nichtig ist. Grund der Nichtigkeit ist also gerade der Mangel in der Vertretungsmacht und nicht ein anderer Umstand.

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß der Tatbestand des gesetzlich geregelten Handelns ohne Vertretungsmacht sich von dem des Handelns für eine nicht existierende Person nicht, wie Hupka meint, dadurch unterscheidet, daß hier der Kausalzusammenhang zwischen dem Mangel in der Vertretungsmacht und der Nichtigkeit des abgeschlossenen Geschäftes fehlt, der Unterschied liegt vielmehr in dem Mangel der Vertretungsmacht selbst.

---

[10]) Vgl. Enneccerus § 235 II, 2.

[11]) Oben § 3.

Bei dem gesetzlich geregelten Tatbestand handelt es sich um einen heilbaren Mangel, während der Mangel im Falle des Handelns für eine nicht existierende Person unheilbar ist [12]). § 179 läßt den Fall, daß der Vertretene überhaupt nicht existiert, unberücksichtigt und geht ausdrücklich davon aus, daß die Nichtigkeit des Geschäftes erst durch die Verweigerung der Genehmigung seitens des Vertretenen heibeigeführt wird. Die Nichtanwendbarkeit des § 179 könnte demnach nur damit begründet werden, daß in unserem Falle die Möglichkeit einer Genehmigungsverweigerung, auf die § 179 die Haftung stützt, fehlt und somit der Tatbestand der zweiten Haftungsvoraussetzung, des nach § 179 heilbaren Mangels in der Vertretungsmacht, nicht voll erfüllt ist.

Das Oberlandesgericht Celle hält die Unheilbarkeit des Mangels für so schwerwiegend, daß sie die Nichtanwendbarkeit des § 179 bedingen muß. Es hat in einer Entscheidung [13]) ausgesprochen, daß § 179 das Dasein der vertretenen Person voraussetze. Weil es im Falle des Auftretens für eine nicht existierende Person an dem Subjekt des Geschäftes fehle, das die in § 179 vorgesehene Genehmigung erteilen könnte, und diese daher von vornherein unmöglich sei, wäre das Geschäft von Anfang an nichtig, und der Handelnde evtl. nur aus unerlaubter Handlung zu belangen.

Entgegengesetzter Ansicht ist der Kommentar der Reichsgerichtsräte [14]). Nach ihm müssen die Grundsätze des § 179 auch dann Platz greifen, wenn die Person des Vertretenen überhaupt nicht oder nicht mehr existiert. „Der Wortlaut des Gesetzes schließt diese Annahme nicht aus, umfaßt vielmehr nach seiner uneingeschränkten Fassung unterschiedslos alle Fälle, in denen der Vertreter einer Vollmacht entbehrt, mithin auch den, daß er die fälschlich vorgespiegelte Vollmacht überhaupt nicht haben kann, weil der angebliche Vollmachtgeber nicht vorhanden ist." Der Kommentar will also eine unmittelbare

---

[12]) Vgl. § 5.

[13]) Seuff. Arch. 1909 S. 218.

[14]) Anm. 1 Abs. 2 zu § 179.

Anwendung des § 179 befürworten, indem er durch extensive Auslegung seiner Bestimmungen zu dem Schluß kommt, daß er alle Fälle umfaßt, wo eine Vertretungsmacht fehlt.

Es ist aber zu fragen, ob eine Auslegung in diesem Sinne nicht die Grenzen ihrer Zulässigkeit überschreitet. Die Auslegung hat die Aufgabe, den Sinn einer gesetzlichen Bestimmung dem Willen des Gesetzgebers gemäß zu erforschen. Es darf aber dabei nicht ein Wille des Gesetzgebers unterstellt werden, der dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift und ihrer Stellung im Gesetz widerspricht, und gerade aus diesem Grunde halte ich eine Auslegung des § 179 dahin, daß er nach dem Willen des Gesetzgebers auch den Fall des Handelns für eine nicht vorhandene Person umfassen soll, für unstatthaft.

Mit Recht weist die Reichsgerichtsentscheidung vom 30. 4. 1909 [15]) darauf hin, daß der § 179 nur Fälle meint, wo die Möglichkeit des Bestehens der Vertretungsmacht und die Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung gegeben ist, und daß solche Fälle nicht geordnet werden sollen, in denen eine Vertretungsmacht deshalb nicht bestehen und eine Genehmigung deshalb nicht erteilt werden kann, weil der Vertretene nicht existiert.

Der Gesetzestext spricht ausdrücklich nur von dem Fall, daß der Vertretene die Genehmigung verweigert, und er kann auch in dem Zusammenhange mit den vorhergehenden Vorschriften nur von diesem Falle sprechen. Schon die §§ 177, 178 haben diesen Regelfall im Auge und behandeln die Wirkungen, die das abgeschlossene Geschäft für den Vertretenen hat. Im Anschluß daran ist im § 179 die Haftung des Vertreters geregelt, wenn der Vertretene sich den Wirkungen entzieht. An die Regelung der Haftung, wenn der Vertretene überhaupt nicht existiert, hat der Gesetzgeber in diesem Zusammenhange garnicht gedacht.

Es ist eine Lücke im Gesetz entstanden, die nicht durch extensive Auslegung geschlossen werden kann, denn die Beseitigung einer Lücke ist nur durch Analogie möglich. Wenn

[15]) „Recht" 1909 Nr. 1841.

aber hiernach eine unmittelbare Anwendung des § 179 nicht in Frage kommen kann, so ist zu erwägen, ob nicht eine analoge Anwendung möglich ist.

Die erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts vom 30. 4. 09 hat die Anwendbarkeit des § 179 grundsätzlich abgelehnt, jedoch für den konkreten Fall anerkannt, daß „unter den besonderen Umständen des Falles das Verkehrsinteresse in folgerichtiger Durchführung der im § 179 zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedanken eine analoge Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmung auch im Falle des Nichtbestehens der angeblich vertretenen Person fordere" [16]). Eine spätere Entscheidung [17]) läßt die Frage nach der Anwendung des § 179 dahingestellt, lehnt sie jedenfalls nicht ab, und die neueste Entscheidung in diesem Fall vom 16. 12. 22 [18]) hält grundsätzlich an dem Standpunkt der zuerst genannten Entscheidung fest, dehnt die analoge Anwendbarkeit dann aber auf alle „rechtsähnlichen Fälle" aus, insbesondere auf den Fall, „daß die angeblich vertretene Person nicht existiert" [19]).

Es ist auch nicht einzusehen, weshalb eine analoge Anwendung, wenn sie schon für einzelne Fälle für möglich gehalten wird, nicht auf alle Fälle ausgedehnt werden sollte. In den Besprechungen, welche die erste Reichsgerichtsentscheidung vom 30. 4. 09 durch Meyer und Strucksberg [20]) erfahren hat, wird

---

[16]) Auch Enneccerus (§ 170 Anm. 1) beruft sich auf die Entscheidung vom 30. 4. 09 und will eine analoge Anwendung des § 179 nur dann befürworten, wenn der Vertreter die Sachlage kannte oder kennen mußte.

[17]) RG 73 S. 98.

[18]) RG 106 S. 71 ff.

[19]) Vgl. auch Manigk in einer Besprechung dieser Entscheidung (Zur. Wochenschrift 1924 1 S. 166). Auch Staudingers Kommentar hat auf Grund dieser Entscheidung in der 9. Auflage seinen Standpunkt geändert und will nunmehr „den in § 179 zugrundeliegenden Rechtsgedanken auf rechtsähnliche Fälle, so auch den Fall des Vertragsschlusses im Namen einer nicht existierenden Person, anwenden". Vgl. außerdem Planck (Anm. 6c zu § 179), der „mindestens entsprechende Anwendung" fordert, und v. Tuhr II, 2 S. 451.

[20]) Meyer a. a. O. S. 695; Strucksberg a. a. O. S. 378. Auch das Oberlandesgericht Braunschweig hält in einer Entscheidung aus dem Jahre 1921 (O. L. G. 42 S. 268) eine analoge Anwendung für richtig. Wenn auch der Wortlaut von dem Dasein des angeblich Vertretenen ausgehe, so schließe er doch eine entsprechende Anwendung nicht aus, und es fehle jeder innere Grund dafür, den § 179 nur dann als gegeben anzusehen, wenn der vom angeblich Bevollmächtigten Vertretene wirklich bestehe.

denn auch die in dem Urteil zugelassene Anwendung des § 179 als nicht weitgehend genug bezeichnet. Mit Recht weist Strucksberg darauf hin, daß es zu unbilligen Ergebnissen führen muß, wenn man eine analoge Anwendung des § 179 nur beim Vorliegen besonders gearteter Umstände zuläßt und sie ablehnt, wenn solche Umstände nicht ersichtlich sind, vielmehr lediglich der Tatbestand des Handelns vorliegt.

Die analoge Anwendung einer Gesetzesbestimmung ist, soweit die ratio legis sie zuläßt, auf alle Fälle statthaft, deren Tatbestand sich nur unwesentlich von dem Gedanken, wie ihn der Gesetzgeber in der betr. Gesetzesnorm niedergelegt hat, unterscheidet, d. h. nur in den juristisch irrelevanten Stücken von ihm abweicht. Beim Mangel der Vertretungsmacht als Haftungsvoraussetzung des § 179 ist es nun aber juristisch unwesentlich, daß er durch Genehmigung geheilt werden kann, vielmehr geht der Rechtsgedanke des § 179 von den juristisch irrelevanten Stücken entkleidet dahin, daß jeder, der ohne Vertretungsmacht mit einem Dritten ein Geschäft abschließt, das infolge der mangelnden Vertretungsmacht nichtig ist, diesem Dritten in der im Gesetz bestimmten Weise haftet.

Da mit diesem erweiterten Tatbestand der Haftung aus § 179 auch der Tatbestand des Handelns für eine nicht existierende Person übereinstimmt, ist eine analoge Anwendung auf diesen Fall statthaft, sofern die ratio legis, d. h. der der Haftung aus § 179 zugrunde liegende Rechtsgedanke, sie zuläßt. Dieser Rechtsgedanke will zur Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit dem Gebote von Treu und Glauben folgend das Vertrauen eines Dritten schützen, das dieser in die falsche Behauptung des Handelnden, Vertreter zu sein, setzt [21]).

Nun ist in dem Falle, daß der Vertretene nicht existiert, der Dritte genau so schutzbedürftig, wie in dem vom Gesetz geregelten Falle der Vertretung ohne Vertretungsmacht. Für den Dritten ist es gleichgültig, ob der angeblich Vertretene existiert oder nicht, er ist in dem einen wie in dem anderen Falle geschädigt, ja, Strucksberg hat ganz recht, wenn er sagt, er

[21]) Vgl. oben § 5.

sei im zweiten Falle schutzbedürftiger als im ersten; denn wenn der Vertretene existiert, besteht immerhin die Möglichkeit der Genehmigung, die von vornherein ausgeschlossen ist, wenn er nicht existiert. Man kommt daher zu dem Schluß, daß der dem § 179 zugrunde liegende Rechtsgedanke die analoge Anwendung nicht nur zuläßt, sondern sie geradezu erfordert [22]).

§ 9.

Der Inhalt der Haftung.

Aus der analogen Anwendung des § 179 ergibt sich im Falle des Handelns für eine nicht existierende Person, daß der Dritte grundsätzlich Erfüllung oder Ersatz des positiven Interesses verlangen kann. Die Haftung des Vertreters erstreckt sich jedoch, wenn er die Nichtexistenz der vertretenen Person nicht kannte, nur auf den Ersatz des negativen Interesses, dessen Höhe den Betrag des positiven Interesses nicht; überschreiten darf. Hat der Dritte selbst gewußt oder wissen müssen, daß der Vertretene nicht existiert, so entfällt die Haftung ganz. Der Anspruch aus der Haftung verjährt den allgemeinen Bestimmungen entsprechend in 30 Jahren.

Daneben kann in gewissen Fällen, wie früher [1]) gesagt ist, eine in drei Jahren verjährende Haftung wegen unerlaubter Handlung eintreten, die immer Verschulden, bei Zugrundelegung des § 826 sogar Vorsatz voraussetzt und nur auf Ersatz des negativen Interesses geht, dessen Höhe jedoch durch den Betrag des positiven Interesses nicht begrenzt ist. Die Haftung mindert sich nach den Umständen oder erlischt ganz, wenn auch den Dritten ein Verschulden trifft, d. h. wenn er weiß oder wissen muß, daß der Vertretene nicht existiert. Da man aber beim Zusammentreffen von Vorsatz des Vertreters und Fahrlässigkeit des Dritten die Haftung nicht wird erlöschen lassen, sind hier Fälle denkbar, daß eine Haftung auf Grund der Bestimmungen

[22]) Erwähnt sei, daß im englischen Rechte die herrschende Meinung annimmt, im Falle des Handelns für eine nicht existierende Person habe der Vertreter im eigenen Namen abgeschlossen, es wäre also die betr. Kontraktklage gegen ihn gegeben. Vgl. Hupka a. a. O. S. 55.

[1]) Oben § 6.

über unerlaubte Handlungen besteht, während sie auf Grund von § 179 nicht mehr eintreten würde.

In den Fällen, wo nun sowohl der Haftungstatbestand aus § 179 als auch der aus § 823 oder § 826 erfüllt ist, liegt eine Konkurrenz der Ansprüche vor. Es steht im Belieben des Dritten, welchen der beiden Ansprüche er geltend machen will, er kann sie auch beide gleichzeitig geltend machen. Ist er jedoch wegen des einen Anspruches befriedigt, so erlischt damit der andere, soweit sie sich decken. Das gleiche gilt, wenn auf Grund des einen Anspruches ein rechtskräftiges Urteil erwirkt ist, da dann auch für die Geltendmachung des anderen kein Rechtsschutzbedürfnis mehr besteht.

Die so geschilderte Haftung tritt auch dann ein, wenn der Vertretene zwar existiert, ihm aber inbezug auf das geschlossene Geschäft die Rechtsfähigkeit aus einem anderen Grunde fehlt oder beschränkt ist [2]), wenn z. B. für einen Ausländer ein Grundstück erworben wird und der Staat die landesrechtlich erforderliche Genehmigung verweigert (Art 88 EG z. BGB), oder wenn ein Liquidator ein Geschäft abschließt, das keinen Liquidationszweck verfolgt [3]).

Die Rechtslage ist in diesen Fällen die gleiche, wie wenn für eine nicht existierende Person gehandelt wird. Auch hier liegt ein Mangel in der Vertretungsmacht vor, weil eine rechtswirksame Vollmacht wegen des Mangels in der Rechtsfähigkeit nicht erteilt werden konnte, und auch hier gründet sich die Nichtigkeit des Geschäftes auf einen Mangel in der Vertretungsmacht, der unheilbar ist. Aber auch hier hat der Dritte auf die Behauptung des Vertreters, Vertretungsmacht zu besitzen, vertraut, und dieses Vertrauen verlangt den gleichen Schutz wie in jedem anderen Falle des Handelns ohne Vertretungsmacht.

---

[2]) Vgl. oben § 1.

[3]) Auch das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung vom 16. 12. 22, die einen solchen Liquidationsfall behandelt, ausdrücklich ausgesprochen, daß in rechtsähnlichen Fällen § 179 auch dort analoge Anwendung zu finden habe, „wo die vertretene Person zwar existiert, aber zum Abschluß eines derartigen Geschäftes, wie es in ihrem Namen vorgenommen worden, rechtlich nicht befähigt ist". (RG 106 S. 74).

Die Haftung des Vertreters einer nicht existierenden Person tritt außerdem dann ein, wenn die Person, für die gehandelt wird, *nicht mehr* oder *noch nicht* existiert, vorausgesetzt jedoch, daß das abgeschlossene Geschäft wegen des auf der Nichtexistenz des Vertreters beruhenden Mangels in der Vertretungsmacht nichtig ist. Insbesondere haftet also der Vertreter eines Verstorbenen, wenn das Geschäft nicht als für die Erben abgeschlossen gelten kann oder von den Erben nicht genehmigt wird [4]).

Ist ein für eine künftige Person im Rahmen der *gesetzlichen* Vertretungsmacht abgeschlossenes Geschäft nichtig, weil die Person nicht zur Entstehung gelangt [5]), so tritt keine Haftung des Vertreters ein, weil das Geschäft in diesem Falle nicht wegen mangelnder Vertretungsmacht, sondern wegen Ausfalls einer vereinbarten Bedingung nichtig ist [6]). Eine Schutzbedürftigkeit des guten Glaubens, auf die sich die Haftung des Vertreters gründet, liegt hier überhaupt nicht vor, da der Dritte von vornherein mit dem Ausfall der Bedingung rechnen mußte.

Wird eine Handlung außerhalb des Rahmens der Vertretungsmacht vorgenommen, so finden die gesetzlichen Bestimmungen über die Haftung wegen Vertretung ohne Vertretungsmacht unmittelbar Anwendung.

B. Besondere Fälle der Haftung.

§ 10.

Die Haftung aus Art. 95 WO.

Besonders geregelt ist der Inhalt der Haftung für die Fälle, wo das Handeln für eine nicht existierende Person in der Abgabe einer Wechselerklärung besteht. Hier greift Art. 95 WO ein, der lautet: „Wer eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines anderen unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, haftet persönlich in gleicher Weise, wie der angeb-

---

[4]) Vgl. § 4.
[5]) Vgl. § 5.
[6]) A. M. v. Tuhr II, 2. S. 451.

liche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht erteilt gewesen wäre. Dasselbe gilt von Vormündern und anderen Vertretern, welche mit Ueberschreitung ihrer Befugnisse Wechselerklärungen ausstellen".

Prinzip und Voraussetzungen der Haftung sind dieselben wie diejenigen der Haftung aus § 179 BGB. Das Prinzip der Haftung ist auch hier der zur Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit erforderliche Schutz des guten Glaubens, Voraussetzung auch hier, daß die Wechselerklärung ohne Vertretungsmacht abgegeben und wegen dieses Mangels in der Vertretungsmacht für den Vertretenen nichtig ist. Nach dem Wortlaut des Art. 95 ist es aber gleichgültig, ob es sich um einen heilbaren oder unheilbaren Mangel in der Vertretungsmacht handelt, so daß also die Vorschriften auf den Fall des Handelns für eine nicht existierende Person unmittelbar Anwendung finden.

In der Wissenschaft ist teilweise in Abweichung von der entsprechenden Stellungnahme zum § 179 BGB als weitere Voraussetzung der Haftung aus Art. 95 gefordert worden, daß die Behauptung, Vertreter zu sein, in der Unterzeichnung zum Ausdruck kommen müsse, weil nach dem Wortlaut nur derjenige hafte, der „als Bevollmächtigter" unterzeichnet habe. Es müsse also der Name des Vertretenen, der Name des Vertreters und ein das Vollmachtsverhältnis ausdrückender Zusatz in der Unterzeichnung enthalten sein. Wenn der Name des Vertreters fehle, so würde eine wechselrechtliche Haftung seinerseits nicht möglich sein, weil eine Wechselverbindlichkeit nur für eine solche Person entstehen könne, deren Name in der Wechselurkunde enthalten sei. Es würde in diesem Falle nur evtl. eine zivilrechtliche Haftung nach § 179 BGB oder §§ 823 ff. BGB eintreten können [1]).

Demgegenüber ist aber daran festzuhalten, daß sich die Art und Weise der Unterzeichnung im Falle der Abgabe einer Wechselerklärung für einen anderen nach allgemeinen Grund-

[1]) So Stranz in der Bearbeitung von Staubs Kommentar zur Wechselordnung Anm. 14 zu Art. 95, vgl. auch Hupka a. a. O. S. 62.

sätzen bestimmen muß. Ebenso wie ein Vertreter nach herrschender Ansicht bei Abgabe jeder anderen schriftlichen Erklärung nur mit dem Namen des Vertretenen zu unterzeichnen braucht, so wird man auch bei Abgabe einer Wechselerklärung diese Art der Unterzeichnung für genügend erachten müssen, um alle Wirkungen eintreten zu lassen, die diese Vertreterhandlung haben kann, mithin im Falle der vollmachtlosen Vertretung auch die aus Art. 95 [2]). Der Wortlaut dieses Artikels läßt eine solche Annahme durchaus zu. Der Grundsatz, daß Wechselverbindlichkeiten nur für Personen, die im Wechsel genannt sind, eintreten können, findet hier keine Anwendung, da es sich nicht um eine Hauptverbindlichkeit, sondern um eine Haftung handelt, die allerdings in ihren Wirkungen einer Wechselverbindlichkeit gleichgestellt ist.

Gleichgültig ist für die wechselrechtliche Haftung, ob der Vertreter den Mangel seiner Vertretungsmacht kennt oder nicht. Es findet hier also nicht wie in § 179 BGB eine Abstufung in der Haftung statt, vielmehr haftet der Vertreter, der den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht kennt, in gleicher Weise wie derjenige, der in Kenntnis des Mangels handelt.

Hat jedoch der Dritte den Mangel gekannt, so muß auch hier die Haftung entfallen, obgleich es in Art. 95 nicht erwähnt ist [3]). Es folgt das aus dem zugrundeliegenden Rechtsgedanken, der nur den gutgläubigen Dritten schützen will. Zweifelhaft kann es sein, ob schon fahrlässiges Nichtkennen seitens des Dritten genügt, um die Haftung zum Fortfall zu bringen. Da aber Art. 95 gerade eine besonders strenge Haftung aufstellen will, kann die Fahrlässigkeit auf der Gegenseite nicht als Haftungsausschließungsgrund angesehen werden [4]). Es hätte hierzu einer besonderen Bestimmung bedurft.

Nur dem Gegner selbst, der den Mangel der Vertretungsmacht kannte, kann diese Kenntnis entgegengehalten werden,

---

[2]) So Staub in seinem Kommentar zur WO, 4. Aufl. Anm. 14 zu Art. 95.

[3]) A. M. Isay a. a. O. S. 257.

[4]) Staub Anm. 40 zu Art. 95.

nicht dem dritten gutgläubigen Erwerber des Wechsels. Die Kenntnis des Vormannes schadet dem Erwerber nicht.

Was nun den Inhalt der Haftung betrifft, so geht sie nur auf Erfüllung, und zwar haftet der Vertreter „persönlich" und „in gleicher Weise", wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde. Er haftet also wie dieser wechselmäßig, d. h. es gelten für seine Haftung die allgemeinen Grundsätze über Wechselverbindlichkeiten. Er haftet aus dem Wechsel, doch finden auf die Geltendmachung der Haftung die Vorschriften über den Wechselprozeß nur dann Anwendung, wenn sich die Haftung aus dem Wortlaut des Wechsels beweisen läßt, es würden also dann, wenn der Vertreter nur mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet hat, die allgemeinen Prozeßvorschriften anzuwenden sein.

Je nachdem der Vertreter einen Wechsel ausstellt, akzeptiert oder indossiert, haftet er als Aussteller, Akzeptant oder Indossant. Er haftet in demselben Umfange und auf dieselbe Dauer, wie der angebliche Machtgeber gehaftet hätte. Da der Vertreter persönlich haftet, ist der Umfang derselbe wie bei jeder persönlichen Verpflichtung, d. h. er haftet mit seinem ganzen Vermögen.

Aus der Gleichstellung mit dem angeblich Vertretenen folgt, daß der Vertreter dem Gegner alle Einreden entgegensetzen kann, die der angeblich Vertretene gehabt hätte. Da aber in unserem Falle der Vertretene nicht existiert, kommen tatsächlich nur Einwendungen aus dem Papier oder solche, die sich aus der Person des Vertreters ergeben, in Betracht.

§ 11.

Das Handeln für einen nicht rechtsfähigen Verein und eine in der Entstehung begriffene juristische Person.

Eine von den Bestimmungen des § 179 BGB abweichende Regelung der Haftung desjenigen, der für eine nicht existierende Person ein Geschäft abschließt, ist durch die Vorschriften der §§ 54 Satz 2 BGB, 200 Abs. 1 Satz 2 HGB und § 11 Abs. 2 des Gesetzes betr. die G. m. b. H. getroffen worden.

§ 54 BGB lautet: „Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Aus einem Rechtsgeschäft, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich, handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner".

Es wird in Satz 2 die Haftung desjenigen geregelt, der im Namen eines nicht rechtsfähigen Vereins handelt. Die Haftung geht ebenso wie die aus Art. 95 WO nur auf Erfüllung, doch beruht sie auf einem Prinzip, das dem der Haftung aus § 179 BGB gegenüber wesentlich erweitert ist. Wohl ist sie wie diese zur Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit geschaffen worden, jedoch bezweckt sie nicht nur den Schutz des Vertrauens, den ein Dritter in die Behauptung des anderen, Vertreter zu sein, gesetzt hat. Vielmehr will § 54 allgemein der Gefahr Rechnung tragen, die der Verkehrssicherheit durch die eigenartige Stellung des nicht rechtsfähigen Vereins droht. Der Verein greift als solcher, ohne Rechtspersönlichkeit zu sein, in den Verkehr ein. Da aber gesetzliche Bestimmungen fehlen, um den Gläubigern eines Vereins genügende Sicherheit zu geben, verweist sie der § 54 an den Handelnden persönlich [1]). Daher greift die Haftung im Gegensatz zu derjenigen aus § 179 BGB und Art. 95 WO auch dann ein, wenn der Dritte weiß, daß dem Verein die Rechtsfähigkeit fehlt.

Weil die Haftung aus Gründen der Verkehrssicherheit geschaffen ist, kann sie durch die Satzung des Vereins nicht ausgeschlossen werden. Wohl aber kann der Dritte, wenn er glaubt, auf diesen Schutz verzichten zu können, im konkreten Falle mit dem Handelnden abmachen, daß dessen Haftung ausgeschlossen sein solle [2]).

Voraussetzung der Haftung ist, daß der Vertreter im Namen des Vereins, d. h. der Gesamthandsgemeinschaft der Vereinsmitglieder, handelte. Gleichgültig ist, ob der Handelnde von den Vereinsmitgliedern bevollmächtigt war oder nicht.

---

[1]) Vgl. Protokolle 2. Lesung 2. Bd. S. 459.

[2]) v. Tuhr Bd. I, S. 585; Enneccerus § 109 III 3; vgl. auch RG. 82, S. 289.

Hat er ein Geschäft als bevollmächtigter Vertreter abgeschlossen, so tritt neben seine Haftung die Haftung der Vereinsmitglieder mit dem Vereinsvermögen. Wenn er ohne Vollmacht handelte, so konkurriert im Falle der Nichtgenehmigung des abgeschlossenen Geschäftes mit der Haftung aus § 54 die Haftung wegen mangelnder Vertretungsmacht aus § 179 BGB, sodaß also in einem solchen Falle der Dritte auch statt der Erfüllung Schadensersatz verlangen kann [3]).

Besonderes muß in Ansehung solcher Geschäfte gelten, die für einen nicht rechtsfähigen Verein im Hinblick auf die Erlangung seiner Rechtsfähigkeit abgeschlossen werden, und die sich zunächst in der Schwebe befinden, bis sie nach Eintritt der Rechtsfähigkeit des Vereins von diesem genehmigt werden oder nicht [4]). Da zunächst ein Handeln für einen nicht rechtsfähigen Verein vorliegt, tritt in erster Linie die persönliche Haftung des Handelnden aus § 54 Abs. 2 ein. Daneben steht — Bevollmächtigung vorausgesetzt — die Haftung der Vereinsmitglieder, an deren Stelle aber mit der Genehmigung des Geschäftes durch den rechtsfähigen Verein dessen Haftung tritt.

Die dem § 54, Abs. 2 BGB entsprechende aktienrechtliche Vorschrift in § 200 Abs. 1 HGB lautet: „Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht. Wird vorher im Namen der Gesellschaft gehandelt, so haftet der Handelnde persönlich, handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner". Und ähnlich sagt § 11 des Gesetzes betr. die G. m. b. H.: „Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche nicht. Ist vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt worden, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch."

Diese Vorschriften behandeln die Fälle, wo für eine in der Entstehung begriffene Gesellschaft vor Eintritt der Rechtsfähigkeit gehandelt wird. Voraussetzung ist, daß bereits ein

[3]) Vgl. v. Tuhr Bd. I, S. 580, Anm. 30; Enneccerus § 109, Anm. 13.
[4]) Vgl. § 5.

formell gültiger Gesellschaftsvertrag vorliegt [5]), und weiter ist Voraussetzung, daß im Namen der Gesellschaft und nicht im Namen der einzelnen Gesellschafter gehandelt wird. Als Handelnde sind auch diejenigen anzusehen, mit deren Einwilligung gehandelt worden ist, eine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) kann aber dem Handeln nicht gleichgestellt werden [6]).

Die Haftung der Handelnden geht auch hier auf Erfüllung. Der Rechtsgrund der Haftung ist derselbe wie der aus § 54 BGB. Es soll auch hier zur Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit dem schutzbedürftigen Dritten die Möglichkeit gegeben werden, sich evtl. an den Handelnden persönlich zu halten. Wie die Haftung aus § 54 Satz 2 BGB, so tritt auch die aus § 200 Abs. 1 HGB und § 11 G. m. b. H. Ges. selbst dann ein, wenn der Dritte den Mangel der Rechtsfähigkeit kannte. Ein Ausschluß der Haftung kann auch hier nur im konkreten Falle mit dem Dritten vereinbart werden.

Werden Geschäfte abgeschlossen, die zur Entstehung der betr. Gesellschaft notwendig sind, so haften bis zur Eintragung, da solche Geschäfte wirksam sind [7]), die Gesellschafter mit ihrem Gesellschaftsvermögen. Mit der Eintragung gehen die Geschäfte und damit auch die Verpflichtungen aus ihnen von Rechts wegen auf die entstandene Gesellschaft über. Daneben besteht aber von vornherein die persönliche Haftung der Handelnden nach § 200 Abs. 1 HGB und § 11 G. m. b. H. Ges. [8]).

Werden andere als zur Entstehung der Gesellschaft erforderliche Geschäfte abgeschlossen, so haftet zunächst nur der Handelnde persönlich nach diesen Vorschriften. Kommt die Gesellschaft zur Entstehung, so kann sie den Geschäftsabschluß genehmigen [9]). Tut sie es, so tritt dann neben die persönliche

---

[5]) Vgl. RG 70 S. 297 ff.

[6]) Staub, Anm. 13 zu § 200 HGB, Staub Anm. 13 und 17 zu § 11 G. m. b. H. Ges., vgl. auch RG 70 S. 301 ff.; RG 55 S. 303 ff.

[7]) Vgl. § 5 letzter Absatz.

[8]) Staub Anm. 5 zu § 200 HGB, Staub Anm. 5 und 6 zu § 11 G. m. b. H. Ges.

[9]) Anm. 7 zu § 200 HGB. Vgl. § 5 am Ende.

Haftung des Handelnden die Haftung der entstandenen Gesellschaft, es entsteht also ein Gesamtschuldverhältnis [10]).

Tritt die Gesellschaft in das Geschäft nicht ein, oder kommt die Gesellschaft überhaupt nicht zur Entstehung, so bleibt nur die persönliche Haftung aus § 200 Abs. 1 HGB und § 11 G. m. b. H. Ges. Weil die Vorschriften im Interesse des Dritten gegeben sind, muß ihm aber in solchen Fällen, wo ihm an der Erfüllung des Geschäfts durch den Handelnden nichts liegt, das Recht gegeben werden, von dem Vertrage zurückzutreten [11]). Den Handelnden auch aus § 179 BGB haften zu lassen, geht nicht an, weil die hier behandelten Vorschriften als leges speciales dem entgegenstehen.

---

[10]) Vgl. RG 72 S. 406; und die Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle in der Juristischen Wochenschrift 1925 I S. 650.

[11]) Staub Anm. 8 zu § 200 HGB.

Lebenslauf.

Ich — Otto Heinrich Wilhelm Karl Möller — wurde am 14. März 1899 zu Testorf-Steinfort (Amt Grevesmühlen) geboren, wo mein Vater — heute Stadtrat in Gadebusch — damals Schmiedemeister war. Nach dem ersten Schulunterricht bei einer Hauslehrerin bezog ich Ostern 1909 die Quinta der Oberrealschule zu Wismar. Ostern 1917 bestand ich an dieser Anstalt die Reifeprüfung. Bald darauf wurde ich zum Heeresdienst eingezogen und nahm vom April bis zum Oktober 1918 an den Kämpfen der Westfront teil. Nach meiner Entlassung aus dem Heere studierte ich zunächst in Rostock und Göttingen neuere Sprachen, ging aber, da ich darin nicht die rechte Befriedigung fand, Ostern 1922 zum juristischen Studium über. Von nun ab besuchte ich die Universitäten Rostock, Hamburg und Göttingen und legte im Oktober 1925 in Rostock die erste juristische Prüfung ab. Seit jener Zeit als Referendar tätig, bestand ich auf Grund dieser Arbeit am 26. Februar 1927 vor der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock die mündliche Doktorprüfung.